



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 A 3.10

Verkündet
am 30. Juni 2011
Melzer
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 2011
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Eppelt

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger will für einen Einsatz in Afghanistan Auslandsdienstbezüge an Stelle von Auslandsverwendungszuschlag erhalten.

- 2 Der Kläger ist Soldat im Rang eines Kapitänleutnants; er ist dauerhaft zum Bundesnachrichtendienst (BND) versetzt. Er leistete vom 6. Mai bis zum 30. Juni 2008 in Mazar-e-Sharif Dienst in dem „Unterstützungselement Militärisches Nachrichtenwesen“ des BND („DEUNIST“), das dem Einsatzkontingent der Bundeswehr bei der Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan (ISAF) zugeordnet ist. Wie alle in einem Unterstützungselement tätigen Soldaten aus dem Geschäftsbereich des BND wurde der Kläger auf einer Stelle des Einsatzkontingents geführt. Er war für diesen Einsatz durch Verfügung unter dem Briefkopf des Bundesministeriums der Verteidigung, die der BND erstellt hatte, zum „Einsatzverband ISAF AFG“ kommandiert worden. Der BND hatte unter dem Betreff „Kommandierung zur Bundeswehr“ die vorübergehende Dienstleistung bei der Dienststelle „DEUNIST/ISAF“ angeordnet.

- 3 Der Kläger erhielt für die Dauer der Tätigkeit in Afghanistan zusätzlich zu den Dienstbezügen Auslandsverwendungszuschlag. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2008 machte er geltend, er wolle aus Gründen der Gleichbehandlung ebenso wie die anderen in Afghanistan tätigen Mitarbeiter des BND „nach den Richtlinien des Auswärtigen Amtes“ besoldet werden. Der BND behandelte dieses Anliegen als Antrag auf Gewährung von Auslandsdienstbezügen. Er lehnte den so verstandenen Antrag ab und wies den Widerspruch des Klägers zurück. In den Gründen des Widerspruchsbescheides vom 26. März 2010 heißt es im Wesentlichen:
- 4 Dem Kläger stünden keine Auslandsdienstbezüge zu, weil er zu Recht Auslandsverwendungszuschlag erhalten habe. Der Kläger sei im Rahmen der Auslandsmission „Beteiligung an ISAF“ verwendet worden, weil er dem Einsatzkontingent der Bundeswehr bei ISAF angehört habe. Die „Unterstützungselemente Militärisches Nachrichtenwesen“ des BND seien in das jeweilige Einsatzkontingent integriert und leisteten einen Beitrag zur Erfüllung seiner Aufgaben. Daran ändere nichts, dass der Präsident des BND gegenüber den Mitgliedern der Unterstützungselemente in allen fachlichen Angelegenheiten weisungsbefugt sei. Bei Verwendungen in einem Einsatzkontingent und in einer Residentur des BND im Ausland handele es sich um unterschiedliche Sachverhalte, an die das Besoldungsrecht unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfe.
- 5 Mit der form- und fristgerecht erhobenen Klage verfolgt der Kläger den Anspruch auf Gewährung von Auslandsdienstbezügen weiter. Er begründet dies mit einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung. Die in den Unterstützungselementen tätigen Soldaten würden für die gleiche Tätigkeit unter den gleichen Arbeitsbedingungen niedriger besoldet als die Beamten. Die Angehörigen beider Gruppen nähmen nachrichtendienstliche Aufgaben wahr, bei deren Erfüllung sie nicht den Weisungen der Führung des Einsatzkontingents, sondern den Weisungen der Vorgesetzten des BND unterlägen. In Mazar-e-Sharif seien alle Mitarbeiter des BND in einem abgeschotteten Bereich des Feldlagers der Bundeswehr untergebracht, dessen Zutritt durch Personenkontrollen geregelt sei.

- 6 Der Kläger beantragt,
- den Bescheid des Bundesnachrichtendienstes vom 29. April 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. März 2010 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger für die Zeit vom 6. Mai 2008 bis zum 30. Juni 2008 Auslandsdienstbezüge nach Abschnitt 5 des Bundesbesoldungsgesetzes unter Anrechnung des dem Kläger gewährten Auslandsverwendungszuschlags zu bezahlen.
- 7 Die Beklagte beantragt,
- die Klage abzuweisen.
- 8 Der BND ergänzt und vertieft die Ausführungen im Widerspruchsbescheid.
- 9 Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte und auf die vom BND eingereichten Unterlagen verwiesen.
- II
- 10 Die Klage, über die der Senat gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz entscheidet, ist nicht begründet. Dem Kläger stehen für seinen Einsatz in Afghanistan vom 6. Mai bis zum 30. Juni 2008 keine Auslandsdienstbezüge zu. Zum einen erreichte sein Auslandsaufenthalt nicht die erforderliche Mindestdauer; zum anderen erhielt er für diesen Einsatz zu Recht Auslandsverwendungszuschlag.
- 11 Besoldungsleistungen werden auf der Grundlage derjenigen besoldungsrechtlichen Vorschriften gewährt, die während der fraglichen Dienstzeit in Kraft sind. Danach ist hier auf die im Jahr 2008 geltenden §§ 52 ff. BBesG in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. August 2002 (BGBl I S. 3020) und § 58a BBesG in der Fassung vom 30. Juli 2004 (BGBl I S. 2027) abzustellen.
- 12 1. Nach § 52 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3, § 53 Satz 1 BBesG a.F. erhalten Soldaten mit dienstlichem und tatsächlichem Wohnsitz im Ausland zusätzlich Aus-

landsdienstbezüge. Nach § 53 Satz 1 BBesG a.F. werden diese Bezüge bei Versetzungen zwischen dem Inland und dem Ausland vom Tage nach dem Eintreffen am ausländischen Dienstort bis zum Tage vor der Abreise aus diesem Ort gezahlt. Aus § 58 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BBesG a.F. folgt, dass diese Bestimmungen entsprechend für Abordnungen und Kommandierungen vom Inland in das Ausland für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten gelten.

- 13 Danach ist es gesetzlich ausgeschlossen, Auslandsdienstbezüge aufgrund einer Abordnung oder Kommandierung vom Inland in das Ausland zu gewähren, wenn der Aufenthalt nicht mindestens drei Monate dauert. So liegt der Fall hier: Der Einsatz des Klägers in Afghanistan dauerte vom 6. Mai bis zum 30. Juni 2008, d.h. weniger als zwei Monate.
- 14 2. Nach § 58a Abs. 4 Satz 3 BBesG a.F. finden die Vorschriften der §§ 52 bis 58 auf die besondere Verwendung keine Anwendung. Demnach werden für eine Verwendung im Sinne von § 58a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BBesG a.F. keine Auslandsdienstbezüge, sondern Auslandsverwendungszuschlag zusätzlich zu den Dienstbezügen gezahlt (vgl. § 58a Abs. 4 Satz 1 BBesG a.F.).
- 15 Nach § 58a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BBesG a.F. besteht der Anspruch auf Auslandsverwendungszuschlag für die Dauer einer Verwendung im Ausland im Rahmen einer humanitären oder unterstützenden Maßnahme, die aufgrund eines Übereinkommens, eines Vertrages oder einer Vereinbarung mit einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung oder mit einem auswärtigen Staat auf Beschluss der Bundesregierung stattfindet (Auslandsmission). Die Maßnahme bedarf der Zustimmung des Bundestags, wenn es sich um einen Einsatz bewaffneter Streitkräfte handelt (wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt; vgl. BVerfG, Urteile vom 12. Juli 1994 - 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 - BVerfGE 90, 286 <381 ff.> und vom 7. Mai 2008 - 2 BvE 1/03 - BVerfGE 121, 135 <153 ff.>).
- 16 Die Gewährung des Auslandsverwendungszuschlags an Stelle von Auslandsdienstbezügen trägt dem Umstand Rechnung, dass mit einer Verwendung im Rahmen einer Auslandsmission zwar hohe physische und psychische Belas-

tungen, aber typischerweise keine finanziellen Mehraufwendungen für die Führung eines Haushalts an dem ausländischen Dienstort verbunden sind. Die Teilnehmer bilden eine Belastungs- und Gefahrengemeinschaft, deren Erschwernisse einheitlich pauschal abgegolten werden sollen (vgl. Urteil vom 28. Mai 2009 - BVerwG 2 C 33.08 - BVerwGE 124, 108 = Buchholz 240 § 58a BBesG Nr. 2 <jeweils Rn. 8>; Beschluss vom 28. August 1998 - BVerwG 2 B 70.98 - Buchholz 240 § 55 BBesG Nr. 4).

- 17 Die Beteiligung der Bundeswehr an der Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe ISAF in Afghanistan stellt eine Maßnahme im Sinne von § 58a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BBesG a.F. dar. Für den hier fraglichen Zeitraum hat der Bundestag durch Beschluss vom 12. Oktober 2007 dem Antrag der Bundesregierung vom 19. September 2007 zugestimmt, für diese Beteiligung bis zu 3 500 Soldaten und Soldatinnen einzusetzen (BTDrucks 16/6460 und 16/6612).
- 18 Nach Wortlaut und Normzweck des § 58a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BBesG a.F. muss die Verwendung einen Bezug zu der Maßnahme aufweisen. Hierfür reicht nicht jeder dienstlich veranlasste Aufenthalt im Einsatzgebiet aus. Vielmehr muss der Soldat oder Beamte im Einsatzgebiet Aufgaben der Auslandsmission wahrnehmen (Urteil vom 24. Februar 2011 - BVerwG 2 C 58.09 - juris Rn. 15 f. <zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung Buchholz vorgesehen>).
- 19 a. Die erforderliche Verknüpfung des Aufgabenbereichs mit der Maßnahme ist insbesondere dann gegeben, wenn der Dienstposten (Amt im konkret-funktionellem Sinn) bei dem militärischen Verband oder der Dienststelle angesiedelt ist, denen die Durchführung der Auslandsmission obliegt. Durch die Einrichtung der Dienstposten bei dieser Stelle gibt der Dienstherr zu erkennen, dass er die damit verbundenen Aufgaben als erforderlich ansieht, um die Auslandsmission durchzuführen. Ein Soldat oder Beamter, der einen derartigen Dienstposten wahrnimmt, ist in die organisatorischen und hierarchischen Strukturen der zuständigen Stelle eingebunden. Er trägt durch seinen Dienst zur Erfüllung der Auslandsmission bei (Urteil vom 24. Februar 2011 a.a.O.).

- 20 Die Soldaten, die in einem „Unterstützungselement Militärisches Nachrichtenwesen“ des BND (im Folgenden: Unterstützungselement) im Einsatzgebiet verwendet werden, werden zwar auf Stellen des Einsatzkontingents der Bundeswehr geführt. Sie haben jedoch keinen Dienstposten dieses militärischen Verbands inne. Denn bei dem Unterstützungselement handelt es sich nicht um eine militärische Untergliederung des Einsatzkontingents, sondern um eine Dienststelle des BND. Die Soldaten des Unterstützungselements nehmen nachrichtendienstliche Aufgaben des BND wahr. Folgerichtig sind sie fachlich nicht der Führung des Einsatzkontingents, sondern dem Präsidenten des BND unterstellt. Daher bleibt ihre Versetzung zum BND auch während der Verwendung in dem Unterstützungselement wirksam.
- 21 Die zum BND versetzten Soldaten werden dort zur Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben eingesetzt, die in Zusammenhang mit der militärischen Auslandsaufklärung stehen. Über ihre Verwendung im BND entscheidet dessen Präsident. Sie bleiben dem Bundesminister der Verteidigung lediglich truppendienstlich, d.h. in Bezug auf die Disziplinalgewalt und sonstige den Soldatenstatus berührende Angelegenheiten, unterstellt. Die dienstliche Stellung der zum BND versetzten Soldaten bei Wahrnehmung der nachrichtendienstlichen Aufgaben unterscheidet sich nicht von derjenigen der im BND tätigen Beamten und Tarifbeschäftigten. Alle Beschäftigten sind unabhängig von ihrem Status gleichermaßen in die organisatorischen und hierarchischen Strukturen des BND eingegliedert. Auch die Soldaten unterstehen fachlich dem Präsidenten des BND und sind an die dienstlichen Weisungen der Vorgesetzten im BND gebunden. Die zum BND versetzten Soldaten sind vollständig aus den militärischen Strukturen herausgelöst. Sie gehören nicht den Streitkräften an, sodass sie nicht der Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung nach Art. 65a GG unterliegen (Urteile vom 21. Juni 2007 - BVerwG 2 A 6.06 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35 Rn. 15 f. und vom 16. Oktober 2008 - BVerwG 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 = Buchholz 11 Art. 87a GG Nr. 6 <jeweils Rn. 66 f.>).
- 22 Daraus folgt, dass die zum BND versetzten Soldaten während ihrer Zugehörigkeit zum BND nicht mit militärischen Aufgaben betraut werden können. Dies ist

erst wieder möglich, wenn sie der Bundesminister der Verteidigung in seinen Geschäftsbereich zurückversetzt oder -kommandiert. Die dauerhafte oder vorübergehende Wiedereingliederung in die Streitkräfte hat zur Folge, dass der Soldat keine Aufgaben des BND wahrnehmen kann, weil er nicht mehr bei dieser Behörde beschäftigt ist (vgl. Urteil vom 16. Oktober 2008 a.a.O. Rn. 74).

- 23 Dies gilt auch für die Tätigkeit in einem Unterstützungselement im Einsatzgebiet einer Auslandsmission. Eine derartige Einheit besteht bei jedem Einsatzkontingent der Bundeswehr. Ihre Aufgabe besteht darin, das Einsatzkontingent mit nachrichtendienstlichen Mitteln zu unterstützen. Die Eingliederung der in einem Unterstützungselement verwendeten Soldaten in die organisatorischen und hierarchischen Strukturen des BND weist keine Besonderheiten auf. Denn die maßgebenden Regelungen der Einzelvereinbarung über die Unterstützung der Bundeswehr im Einsatz durch den BND zwischen dem Bundesministerium der Verteidigung und dem BND vom 21. Dezember 2006 stimmen inhaltlich mit den allgemeinen Regelungen des § 8 der Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium der Verteidigung über die Rechtsstellung der zum BND versetzten Soldaten überein (vgl. hierzu Urteil vom 21. Juni 2007 a.a.O. Rn. 15).
- 24 Daher bleiben die Soldaten während ihres Einsatzes in einem Unterstützungselement fachlich dem Präsidenten des BND unterstellt. Sie nehmen nachrichtendienstliche Aufgaben des BND wahr. Die Führung des Einsatzkontingents kann diese Tätigkeit nicht durch Befehle oder Weisungen steuern. Dies schließt eine Eingliederung in das Einsatzkontingent aus. Die Soldaten stehen auch während der Verwendung in dem Unterstützungselement außerhalb der Streitkräfte. Ansonsten wäre die nachrichtendienstliche Tätigkeit für den BND rechtlich nicht möglich.
- 25 Angesichts dieser Rechtslage sind diejenigen Personalverfügungen, die nach der Verwaltungspraxis des BND den Einsatz in einem Unterstützungselement vorbereiten, nicht darauf gerichtet, die ihnen nach dem äußeren Regelungsgehalt zukommenden Rechtswirkungen zu entfalten. Dies gilt sowohl für die Anordnung des BND, der für einen derartigen Einsatz vorgesehene Soldat habe

vorübergehend wieder bei der Bundeswehr Dienst zu leisten, als auch für dessen Kommandierung zum Einsatzkontingent unter dem Briefkopf des Bundesministeriums der Verteidigung. Diese Verfügungen erwecken zwar äußerlich den Anschein dienstrechtlicher Regelungen; sie sollen aber rechtlich folgenlos bleiben. Es handelt sich um Maßnahmen, die aus Gründen der Legendierung ergehen. Denn bei dem Unterstützungselement, in dem der scheinbar den Streitkräften zur Verfügung gestellte und zum Einsatzkontingent kommandierte Soldat Dienst leisten soll, handelt es sich um eine Dienststelle des BND im Einsatzgebiet. Daher werden die Soldaten ungeachtet der Personalverfügungen gerade nicht in das Einsatzkontingent der Bundeswehr eingegliedert, sondern innerhalb des BND zu einer anderen Dienststelle umgesetzt.

- 26 b. Der Einsatz der Soldaten im Unterstützungselement stellt jedoch trotz der fortbestehenden Zugehörigkeit zum BND eine Verwendung im Rahmen der Auslandsmission im Sinne von § 58a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BBesG a.F. dar. Dies folgt daraus, dass das Bundeskanzleramt und das Bundesministerium der Verteidigung vereinbart haben, der BND solle die Einsatzkontingente der Bundeswehr im Einsatzgebiet mit nachrichtendienstlichen Mitteln unterstützen. Zu diesem Zweck stellt der BND jedem Einsatzkontingent ein Unterstützungselement zur Seite. Damit obliegt dem BND eine Teilaufgabe der Auslandsmission, nämlich das Sammeln und Auswerten von Informationen, die für den Auftrag und den Schutz des Einsatzkontingents von Bedeutung sein können. Der BND nimmt diese Teilaufgabe eigenverantwortlich mit eigenen Mitteln an Stelle der Bundeswehr wahr. Die Unterstützung des Einsatzkontingents mit nachrichtendienstlichen Mitteln ist beim BND „ausgelagert“. Nach der maßgebenden Einschätzung von Bundeskanzleramt und Bundesministerium der Verteidigung sind die nachrichtendienstlichen Aktivitäten erforderlich, um einen Einsatz der Bundeswehr im Ausland flankierend zu begleiten. Daher ist diese Aufgabe Bestandteil der Auslandsmission, obwohl sie nicht von dem Einsatzkontingent, sondern vom BND erfüllt wird.
- 27 Die Unterstützung des Einsatzkontingents der Bundeswehr für die Auslandsmission „Beteiligung ISAF“ durch ein Unterstützungselement des BND ist jedenfalls insoweit durch die Zustimmung des Bundestags gedeckt, als der BND Sol-

daten einsetzt, die in seinen Geschäftsbereich versetzt sind, und diese auf die Personalstärke der Auslandsmission angerechnet werden. Denn die Zustimmung umfasst jedenfalls die Beteiligung mit höchstens 3 500 Soldaten und Soldatinnen.

- 28 Da auch der Einsatz von Beamten in einem Unterstützungselement des BND im Einsatzgebiet eine Verwendung im Rahmen der Auslandsmission im Sinne von § 58a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BBesG a.F. darstellen würde, wäre auch diesen Beamten Auslandsverwendungszuschlag zu gewähren. Ihre Zuordnung zum auswärtigen Dienst aus Gründen der Legendierung wäre rechtlich ebenso unbeachtlich wie die Zuordnung der Soldaten zum Einsatzkontingent, weil auch die Beamten in den BND eingegliedert blieben.
- 29 3. Der vom Kläger angeführte Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG ist wegen des besoldungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts von vornherein nicht geeignet, einen Anspruch auf eine Besoldungsleistung - hier auf Auslandsdienstbezüge - zu begründen, die gesetzlich ausgeschlossen ist (stRspr; vgl. zuletzt Urteil vom 27. Mai 2010 - BVerwG 2 C 33.09 - NVwZ-RR 2010, 647 Rn. 8 ff.).
- 30 4. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass dem Kläger nach den vorliegenden Erkenntnissen auch keine Ansprüche auf Gewährung von Auslandstrennungsgeld oder auf Aufwandsentschädigung für die Kosten der im Inland beibehaltenen Wohnung nach der Aufwandsentschädigungsrichtlinie des Auswärtigen Amtes in der Fassung vom 29. März 2000 - AER - (GMBI S. 374) zustehen. Zum einen sind ihm keine trennungsgeldrechtlich erstattungsfähigen Aufwendungen entstanden, weil er während des Einsatzes in Afghanistan unentgeltlich untergebracht und gepflegt wurde. Zum anderen sieht die AER die Erstattung der Kosten der im Inland beibehaltenen Wohnung bei Abordnungen oder Kommandierungen vom Inland in das Ausland nicht vor. Dies muss auch für Umsetzungen gelten.

31 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Herbert

Dr. Heitz

Thomsen

Dr. Hartung

Dr. Eppelt

Sachgebiet:	BVerwGE:	nein
Besoldungsrecht	Fachpresse:	ja

Rechtsquellen:

BBesG a.F. §§ 52, 53, 58, 58a

Stichworte:

Soldaten beim Bundesnachrichtendienst; Auslandsmission; wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt; Einsatzkontingent der Bundeswehr; Unterstützungselement des Bundesnachrichtendienstes bei dem Einsatzkontingent; Auslandsverwendungszuschlag; Auslandsdienstbezüge; Gleichbehandlung im Besoldungsrecht.

Leitsatz:

Den zum Bundesnachrichtendienst versetzten Soldaten, die in einem „Unterstützungselement Militärisches Nachrichtenwesen“ im Einsatzgebiet einer Auslandsmission tätig sind, steht Auslandsverwendungszuschlag zu. Sie werden im Rahmen der Auslandsmission verwendet (§ 58a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BBesG a.F.), obwohl sie nicht dem Einsatzkontingent der Bundeswehr angehören.

Urteil des 2. Senats vom 30. Juni 2011 - BVerwG 2 A 3.10