



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

**proT-in**  
Bundesvorstand  
Kellerbergstr. 16  
57319 Bad Berleburg  
eMail bundesvorstand@proT-in.de  
Tel. (0 27 51) 95 91 96

BVerwG 2 C 17.08  
OVG 10 A 10095/07

Verkündet  
am 30. April 2009  
Hardtmann  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 2009  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert und  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kugele, Groepper, Dr. Heitz  
und Dr. Burmeister

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Ober-  
verwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 22. August 2007  
wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

### G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger ist Berufssoldat. Zum 1. Juli 2005 wurde er von Brüssel nach Koblenz versetzt; hierbei wurde ihm Umzugskostenvergütung zugesagt. Bereits mit Schreiben vom 18. April 2005 hatte der Kläger beantragt, ihm für die Zeit ab seinem Dienstantritt in Koblenz Auslandstrennungsgeld und Aufwandsentschädigung zu gewähren. Sein Sohn besuche zurzeit in einem zweijährigen Bildungsgang die 11. Klasse der Fachoberschule für Wirtschaft, Verwaltung und Rechtspflege der Deutschen Schule Brüssel, die er voraussichtlich im Juli 2006 nach der 12. Klasse mit der Fachhochschulreife beenden werde. Er wolle bis zum Ende des Fachoberschulbesuches seines Sohnes den Familienwohnsitz in Belgien beibehalten und einen getrennten Haushalt führen.
- 2 Die Beklagte gab dem Antrag nur bis zum 18. Juli 2005 - dem Ende des 11. Schuljahres des Sohnes - mit der Begründung statt, dass beim Schulbesuch eines Kindes Trennungsgeld grundsätzlich nur bis zur Beendigung des laufenden Schuljahres gewährt werde. Ausnahmsweise werde Trennungsgeld auch während des nachfolgenden 13. Schuljahres gewährt, wenn das Kind die 12. Klasse der gymnasialen Oberstufe besuche. Die gegen die Ablehnung des weitergehenden Antrags gerichtete Beschwerde des Klägers blieb ohne Erfolg.
- 3 Das Verwaltungsgericht hat die Verpflichtungsklage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben, im Wesentlichen aus folgenden Gründen:
- 4 Dem Kläger stehe das beantragte Auslandstrennungsgeld bis zur Beendigung der Schulausbildung seines Sohnes an der Brüsseler Fachoberschule zu. Der Kläger sei während dieser Zeit aus zwingenden persönlichen Gründen am Umzug gehindert gewesen. Dabei sei davon auszugehen, dass die Jahrgangsstufen 11 und 12 der Schule - anders als bei Fachoberschulen im Bundesgebiet -

als Kollegstufe analog zur Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe eingerichtet und ausgestaltet worden seien und die Qualifikation für die Fachhochschulreife aufgrund der Leistungen in diesen beiden Jahrgangsstufen erlangt werde.

- 5 Der Anwendungsbereich des gesetzlich formulierten Umzugshindernisses (Schulbildung eines Kindes in der Jahrgangsstufe 12 einer Schule) sei nach Zweck und Entstehungsgeschichte der Norm dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend im Wege der Rechtsfortbildung auch auf die Fälle zu erstrecken, in denen über andere zwei Jahrgangsstufen - hier die Stufen 11 und 12 - hinweg die Qualifikation für die abschließende Prüfung an einer weiterführenden Schule erworben werde. Dies gelte sowohl für die nur zwei Jahrgangsstufen umfassende gymnasiale Oberstufe als einheitliche Qualifikationsphase im allgemeinbildenden zwölfstufigen Schulsystem als auch für die sich über die Jahrgangsstufen 11 und 12 erstreckende Qualifikationsphase an einer anderen weiterführenden Schule wie hier an der Fachoberschule der Deutschen Schule Brüssel. Ob es in Deutschland derart ausgestaltete weiterführende Schulen gebe, sei unerheblich; maßgeblich sei die besuchte Schule, die bei einer Versetzung aus dem Ausland oft nicht am deutschen Bildungssystem ausgerichtet sei. Aus dem Wortlaut der Vorschrift könne nicht gefolgert werden, dass die Vorschrift sich allein auf die gymnasiale Oberstufe mit einer 13. Jahrgangsstufe beziehe. Gemeint sei jeweils das vorletzte Schuljahr. Dies ergebe sich auch unmittelbar aus der Vorschrift, in der dem Schulbesuch der Fall gleichgestellt werde, dass sich das Kind „im vorletzten Jahr eines Berufsausbildungsverhältnisses“ befinde. Es sei auch nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Erwähnung der Jahrgangsstufe 12 alle Kinder habe ausschließen wollen, die - wie in den neuen Bundesländern - die Gymnasialausbildung in 12 Jahren durchliefen. Hiervon gehe selbst die Beklagte nicht aus, wie sich aus ihren Verwaltungsvorschriften ergebe. Spreche somit nichts für eine Beschränkung der Vorschrift auf einen bestimmten Typ weiterführender Schulen und auf das Erfordernis des Schulbesuchs in der 12. Jahrgangsstufe, so zwingt dies zu einer Analogie, um eine mit dem Gleichheitssatz unvereinbare Ungleichbehandlung zu vermeiden. Zweck der Regelung sei es, durch Gewährung von Trennungsgeld dem Kind zu ermöglichen, die als Einheit anzusehenden letzten beiden Schuljahre ohne Un-

terbrechung zu durchlaufen. Diese Einheit bildeten in der gymnasialen Oberstufe die Jahrgangsstufen 12 und 13, in der Fachoberschule der Deutschen Schule Brüssel die Jahrgangsstufen 11 und 12.

6 Der Anspruch des Klägers sei unabhängig hiervon auch aus dem Gesichtspunkt der Verletzung der Fürsorge begründet. Dem Kläger entstünden durch den weiteren Schulbesuch seines Sohnes in Brüssel Kosten von fast 36 000 €. Diese Kosten könne der Kläger nicht vermeiden. Er habe durch Vorlage entsprechender Bescheinigungen belegt, dass sein Sohn in Koblenz an der dort in Betracht kommenden Berufsbildenden Schule Wirtschaft den Schulbesuch nicht in der Jahrgangsstufe 12 fortsetzen könne. Dem Kläger könne nicht vorgeworfen werden, dass er seinen Sohn in Brüssel die Deutsche Schule habe besuchen lassen, die in erster Linie der schulischen Versorgung der in Brüssel lebenden deutschen Kinder diene und deutsche Schulabschlüsse verleihe.

7 Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt.

8 Sie beantragt,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 22. August 2007 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Koblenz vom 26. April 2006 zurückzuweisen.

- 10 Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

II

- 12 Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch zu.
- 13 1. Rechtsgrundlage des Anspruchs auf Zahlung von Auslandstrennungsgeld und Aufwandsentschädigung ist § 8 Abs. 2 Nr. 2 der Auslandstrennungsgeldverordnung - ATGV - i.d.F. der Bekanntmachung vom 22. Januar 1998 (BGBl I S. 189) i.V.m. § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 BUKG i.d.F. der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1990 (BGBl I S. 2682). Die Vorschriften gelten gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ATGV auch für Berufssoldaten. Danach wird bei Versetzungen und Abordnungen vom Ausland in das Inland bei Zusage der Umzugskostenvergütung Auslandstrennungsgeld gezahlt, wenn und solange der mit dem Berechtigten in häuslicher Gemeinschaft lebende Ehegatte oder seine ledigen Kinder am bisherigen Dienstort zurückbleiben, weil zwingende persönliche Umzugshindernisse vorliegen. Als solche Hindernisse erkennt das Gesetz die Schul- oder Berufsausbildung eines Kindes bis zum Ende des Schul- oder Ausbildungsjahres an (§ 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BUKG). Befindet sich das Kind in der Jahrgangsstufe 12 einer Schule, so verlängert sich die Gewährung des Trennungsgeldes bis zum Ende des folgenden Schuljahres; befindet sich das Kind im vorletzten Jahr eines Berufsausbildungsverhältnisses, so verlängert sich die Gewährung des Trennungsgeldes bis zum Ende des folgenden Ausbildungsjahres. Mit dem Anspruch auf Auslandstrennungsgeld ist nach Abschnitt V der Aufwandsentschädigungsrichtlinie vom 15. Dezember 1997 (GMBI. 1998 S. 27, geändert am 29. März 2000 - GMBI. S. 355) der Anspruch auf Aufwandsentschädigung verbunden.
- 14 2. Der Kläger konnte sich in dem fraglichen Zeitraum auf ein zwingendes persönliches Umzugshindernis berufen. Es lag darin, dass sein Sohn im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Versetzung die 11. Jahrgangsstufe der Fachober-

schule für Wirtschaft, Verwaltung und Rechtspflege der Deutschen Schule Brüssel besuchte. Im Hinblick darauf, dass es sich hierbei um die vorletzte Klasse der analog zur Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe eingerichteten und ausgestalteten Kollegstufe handelte, bestand dieses Umzugshindernis auch während des folgenden Schuljahres, also in der 12. Jahrgangsstufe fort.

- 15 Nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 BUKG ist eindeutig, dass der Besuch einer Schule regelmäßig nur bis zum Ende des Schuljahres als Umzugshindernis anerkannt werden kann. Ausnahmsweise gilt dies bis zum Ende der 13. Jahrgangsstufe, wenn sich das Kind im Versetzungszeitpunkt bereits in der 12. Jahrgangsstufe befindet. Der Sohn des Klägers befand sich in der 11. Jahrgangsstufe, erfüllte diese Voraussetzung demnach nicht. Mit der ausdrücklichen Erwähnung der 12. Jahrgangsstufe hat der Gesetzgeber eine im Wortlaut begründete Hürde aufgerichtet, die durch Auslegung nicht zu überwinden ist.
- 16 Das Berufungsgericht hat hierin eine planwidrige Regelungslücke erkannt, die im Wege der Analogie zu schließen sei. Dem ist zuzustimmen.
- 17 Anders als das dem strengen Vorbehalt des Gesetzes unterliegende Besoldungs- und Versorgungsrecht ist im Reisekosten- und Trennungsgeldrecht eine Analogie nicht von vornherein nahezu ausgeschlossen (vgl. Urteile vom 26. Januar 2006 - BVerwG 2 C 43.04 - BVerwGE 125, 79 Rn. 10 m.w.N. = Buchholz 240 § 40 BBesG Nr. 36 und vom 9. November 2006 - BVerwG 2 C 4.06 - Buchholz 239.1 § 11 BeamtVG Nr. 11 Rn. 17). Zwar gilt auch im Reisekosten- und Trennungsgeldrecht, dass der Gesetzgeber die Anspruchsvoraussetzungen nach Grund und Höhe differenziert festlegt und dass Regelungen dieser Art nach dem darin erkennbaren Willen des Gesetzgebers einer ausdehnenden Auslegung und Ergänzung durch allgemeine Grundsätze nicht zugänglich sind (stRspr, vgl. Urteil vom 22. März 1990 - BVerwG 2 C 11.89 - Buchholz 240 § 19a BBesG Nr. 10). Gleichwohl bleibt aber zu prüfen, ob der Gesetzgeber die Folgen einer Regelung auch in der Zukunft überblickt hat und eine bestimmte Anspruchsberechtigung bewusst ausschließen wollte. Lassen

sich diese Fragen anhand der Entstehungsgeschichte der Systematik und des Regelungswerks des Gesetzes verneinen, kann dies zur Annahme einer planwidrigen Lücke im Regelungssystem führen, die unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) durch Analogie zu schließen ist (vgl. Urteil vom 17. Februar 2005 - BVerwG 7 C 14.04 - BVerwGE 123, 7 <11> = Buchholz 451.222 § 24 BBodSchG Nr. 1).

- 18 Eine planwidrige Regelungslücke liegt hier vor.
- 19 Bis zur Novellierung des § 12 BUKG durch das Gesetz vom 11. Dezember 1990 gab es keine enumerativ aufgeführten Umzugshindernisgründe; vielmehr gab es eine kasuistische, „durch die Rechtsprechung ausgeformte Verwaltungspraxis“, die durch die Neuregelung auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gestellt und durch die enumerative Aufzählung der Umzugshindernisgründe vereinheitlicht, gestrafft und übersichtlicher gestaltet werden sollte (vgl. BTDrucks. 11/6829 S. 1 und 12). Dabei ist der in § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 BUKG verwendete Begriff der Schulausbildung schon nach dem Gesetzeswortlaut nicht auf einen bestimmten Schultyp oder eine bestimmte Schulform beschränkt. Zwar war in dem Gesetzesentwurf vorgesehen, das Umzugshindernis des Schulbesuchs nur dann anzuerkennen, wenn sich das Kind auf einer allgemeinbildenden Schule befand. Diese Einschränkung ist auf Beschlussempfehlung des Innenausschusses jedoch mit der Begründung gestrichen worden, damit sollten Benachteiligungen von Berechtigten verhindert werden, deren Kinder andere weiterführende Schulen besuchten (BTDrucks. 11/8138 S. 15 und 30; vgl. hierzu auch BAG, Urteil vom 13. Februar 2003 - 6 AZR 411/01 - BAGE 104, 342 <347>). Somit ist bereits nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes eindeutig, dass der Besuch jeder weiterführenden Schule grundsätzlich als Umzugshindernis in Betracht zu ziehen ist. Die Anwendung der Vorschrift beschränkt sich damit nicht auf allgemeinbildende Schulen, die zum Abitur führen, sondern erfasst alle Schulen, die durch einen zusammenhängenden Ausbildungsabschnitt unmittelbar vor dem Schulabschluss eine weiterführende Qualifikation ermöglichen.

20 Die Gewährung von Trennungsgeld knüpft an dienstrechtliche Personalmaßnahmen an, die mit einem Wechsel des Dienstortes verbunden sind und aus diesem Grund eine getrennte Haushaltsführung an dem neuen Dienstort und an dem bisherigen Wohnort erforderlich machen. Der gesetzliche Zweck des Trennungsgeldes besteht darin, den dienstlich veranlassten Mehraufwand der getrennten Haushaltsführung zu erstatten (vgl. § 12 Abs. 1 BUKG; § 15 Abs. 1 Satz 1 BRKG). Das Trennungsgeld ist eine Ausprägung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn (Urteile vom 20. Juni 2000 - BVerwG 10 C 3.99 - BVerwGE 111, 255 <257 f.> = Buchholz 261 § 12 BUKG Nr. 3 und vom 24. Juli 2008 - BVerwG 2 C 6.07 - ZBR 2009, 91). Wird aus Anlass der Versetzung an einen anderen Dienstort Umzugskostenvergütung zugesagt, so ist Trennungsgeld zu gewähren, wenn und solange der Betroffene zwar umzugswillig ist, aber am neuen Dienstort keine angemessene Wohnung findet oder aus gesetzlich anerkannten Hinderungsgründen nicht umzuziehen braucht. Insoweit bestehen keine Unterschiede zwischen Personalmaßnahmen im Inland und solchen mit Auslandsbezug (vgl. § 12 Abs. 2 und 3 BUKG; § 2 Abs. 1 und 2 TGV; § 4 Abs. 2, § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ATGV). Die im Einzelnen aufgeführten Hinderungsgründe für Inlandsumzüge gemäß § 12 Abs. 2 und 3 BUKG, § 2 Abs. 1 und 2 TGV entsprechen inhaltlich den zwingenden persönlichen Gründen im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ATGV für Auslandssumzüge (Urteil vom 24. Juli 2008 a.a.O.).

21 Die Gewährung von Trennungsgeld ist grundsätzlich nur dann und insoweit geboten, als die getrennte Haushaltsführung durch eine dem Bereich des Dienstherrn zuzurechnende Maßnahme geprägt ist, also nicht auf Umständen beruht, die ihre Ursache im Bereich des Beamten haben. Allerdings hat der Dienstherr aufgrund der ihm gegenüber dem Beamten oder Soldaten und dessen Familie obliegenden Fürsorgepflicht bei der Gewährung von Trennungsgeld die Verpflichtung des Beamten oder Soldaten als Vater zu berücksichtigen, seinem Kind eine möglichst qualifizierte Schulausbildung zukommen zu lassen, die jedenfalls in besonders bedeutsamen Abschnitten störungsfrei verlaufen soll. Der Dienstherr darf den Beamten nicht deswegen von der Gewährung von Trennungsgeld ausschließen, weil dieser während eines solchen Ausbildungsabschnittes nicht mit seiner Familie an den neuen Dienstort umzieht (Urteile vom

23. April 1987 - BVerwG 6 C 8.84 - BVerwGE 77, 199 = Buchholz 261 § 15 BUKG Nr. 1 m.w.N. und vom 16. Juni 1982 - BVerwG 6 C 111.79 - Buchholz 238.90 Reise- und Umzugskosten Nr. 94 m.w.N.). Mit der Erwähnung der Jahrgangsstufe 12 in § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 BUKG hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass der Schulbesuch eines Kindes nur dann über das Ende des laufenden Schuljahres hinaus ein anzuerkennendes Umzugshindernis darstellt, wenn der Schulbesuch nach Ablauf eines weiteren Schuljahres mit einem weiterführenden Schulabschluss endet und sich das Kind in der ersten von zwei Jahrgangsstufen befindet, die als Einheit anzusehen sind und deswegen ohne Unterbrechung durch einen Schulwechsel durchlaufen werden müssen.

- 22 Angesichts dieses klar erkennbaren Willens des Gesetzgebers greift die nach dem Gesetzeswortlaut bestehende Beschränkung auf die Jahrgangsstufe 12 als vorletzte Jahrgangsstufe einer zum Abschluss führenden zweijährigen, grundsätzlich nicht teilbaren Unterrichtseinheit zu kurz. Sie erfasst bereits nicht, was auch die Beklagte anerkennt, die Fälle, in denen das Abitur nicht in 13, sondern bereits in 12 Schuljahren erreicht wird, wie dies vielfach in den neuen Bundesländern und zunehmend auch in den alten Bundesländern der Fall ist oder angestrebt wird. Der zum Abitur führende Ausbildungsabschnitt ist seit der Reform der Oberstufe als ein im Prinzip unteilbarer, in vier Semester gegliederter Unterrichtsblock organisiert. Weder das Gesetz noch dessen Entstehungsgeschichte lassen erkennen, dass in einem solchen Falle der Ausbildungszusammenhang der zwei Jahre bis zum Abitur nach der 12. Jahrgangsstufe als Umzugshindernis ausgeschlossen sein soll. Bereits hieraus wird deutlich, dass das Gesetz eine planwidrige Lücke enthält. Darüber hinaus erfasst der Wortlaut des Gesetzes auch andere Fälle nicht, in denen der weiterführende Schulabschluss - z.B. die Fachhochschulreife - bereits nach 12 Jahren erreicht wird und in denen, ähnlich wie in der gymnasialen Oberstufe, die letzten beiden Schuljahre wie in den Gymnasien als ein in vier Semester gegliederter Unterrichtsblock organisiert sind. Dass auch hier der Gesetzgeber zusammengehörende Ausbildungsabschnitte nicht trennen will, wird durch die letzte Alternative des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 BUKG bestätigt. Danach verlängert sich die Gewährung des Trennungsgeldes bis zum Ende des folgenden Ausbildungs-

jahres, wenn sich das Kind im „vorletzten“ Jahr eines Berufsausbildungsverhältnisses befindet.

23 § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 BUKG ist daher zur Schließung der aufgezeigten Regelungslücke analog auf den Fall anzuwenden, dass der weiterführende Schulabschluss nach der 12. Jahrgangsstufe erreicht wird und sich das Kind des Anspruchsberechtigten in der 11. Jahrgangsstufe befindet. Diese Analogie ist geboten, um eine vor dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung von Beamten und Soldaten zu vermeiden, deren Kinder ihren schulischen Bildungsabschluss in einem auf 12 oder auf 13 Jahre angelegten Schulsystem erreichen.

24 3. Hieran gemessen steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch zu. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, dass die zur Fachhochschulreife führenden beiden letzten Jahrgangsstufen 11 und 12 der Fachoberschule für Wirtschaft, Verwaltung und Rechtspflege der Deutschen Schule Brüssel als Kollegstufe analog zur Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe eingerichtet und ausgestaltet worden sind und die Qualifikation für die Fachhochschulreife aufgrund der Leistungen in diesen beiden Jahrgangsstufen erlangt wird. Mit dem Besuch der 11. Jahrgangsstufe befand sich der Sohn des Klägers somit in einem der gymnasialen Oberstufe vergleichbaren schulischen Ausbildungsabschnitt, der ohne nachhaltigen Schaden für seine Ausbildung nicht unterbrochen werden konnte und deshalb als zwingendes Umzugshindernis anzuerkennen ist.

25 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Herbert

Prof. Dr. Kugele

Groepper

Dr. Heitz

Dr. Burmeister