



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 26.16
OVG 1 A 422/14

In der Verwaltungsstreitsache



hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 17. November 2016
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden,
Dr. Kenntner, Dollinger und Dr. Günther

ohne mündliche Verhandlung für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 24. August 2015 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten über den Freizeitausgleich bei Bereitschaftsdienstzeiten im Polizeivollzugsdienst.
- 2 Die Klägerin ist Polizeivollzugsbeamtin bei der Bundespolizei. Sie war im Jahr 2010 für mehrere Monate bei der deutschen Botschaft in Kabul tätig und hat dort Aufgaben des Personen- und Objektschutzes wahrgenommen. In dieser Zeit war sie an das Auswärtige Amt abgeordnet und erhielt zusätzlich zu ihren regelmäßigen Bezügen Auslandsbesoldung.
- 3 Im Rahmen des Dienstes bei der deutschen Botschaft in Kabul - bei dem aus Sicherheitsgründen das Botschaftsgelände nur im Rahmen von Einsätzen verlassen werden durfte - fielen als Mehrarbeit angeordnete Überstunden an, für die Freizeitausgleich gewährt wurde. Die Beklagte hat Mehrarbeit in Form von Bereitschaftsdienst dabei zeitlich nur hälftig in Ansatz gebracht.
- 4 Das Berufungsgericht hat der Klägerin pro Bereitschaftsstunde eine Stunde Freizeitausgleich zuerkannt, weil die streitgegenständlichen Zeiten als Bereitschaftsdienst und nicht nur als Rufbereitschaftsdienst einzuordnen seien. In den über den

Dienst der Polizeivollzugsbeamten geführten Stundenlisten seien mit dem Begriff "Bereitschaft 100 %" Volldienst-Zeiten gekennzeichnet, mit dem Begriff "Bereitschaft 50 %" dagegen die Bereitschaftsdienst-Zeiten. Diese Bereitschaftsstunden seien als Mehrarbeit angeordnet worden. Hieraus ergebe sich gemäß § 88 Satz 2 BBG ein Anspruch auf vollen Freizeitausgleich. Eine Differenzierung beim Umfang des Freizeitausgleichs nach der Arbeitsintensität sei weder mit dem Wortlaut der Norm noch mit unionsrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren. Hingegen könnten weitere Anwesenheitszeiten auf dem Botschaftsgelände nicht als nach nationalem Recht oder nach Unionsrecht ausgleichspflichtige Arbeitszeiten angesehen werden. Sie seien außerdem nicht als Mehrarbeit angeordnet oder genehmigt worden. Des Weiteren hätten die Beamten - wie die Klägerin - auch nie die Rechtswidrigkeit dieser Zeiten vorgetragen und Ausgleichsansprüche auch erst nach Beendigung dieser Zeiten geltend gemacht. Schließlich könne für die Zeit des Freizeitausgleichs weder eine Verlängerung der Abordnung noch die Zahlung von Auslandsbesoldung verlangt werden. Auslandsdienstbezüge setzten einen dienstlichen und tatsächlichen Wohnsitz im Ausland voraus.

5 Die Klägerin verfolgt mit der Revision ihr Begehren gegenüber der Beklagten weiter, auch Rufbereitschaftszeiten und bloße Anwesenheitszeiten als Bereitschaftsdienst und damit als Mehrarbeit anzuerkennen und deshalb für mehr Zeiten als bislang einen Freizeitausgleich zu gewähren, die Abordnung an das Auswärtige Amt im Ausgleichszeitraum zu verlängern und Auslandsbesoldung im Ausgleichszeitraum weiterzuzahlen.

6 Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 24. August 2015 und das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 16. Januar 2014 aufzuheben, soweit die Klage abgewiesen und die Berufung der Klägerin zurückgewiesen worden ist, und nach ihren Schlussanträgen in der 1. Instanz zu erkennen.

7 Die Beklagte beantragt,

die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

II

- 8 Die Revision der Klägerin, über die der Senat mit dem Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheidet (§ 141 Satz 1, § 125 Abs. 1 Satz 1 und § 101 Abs. 2 VwGO), ist unbegründet. Das Berufungsurteil verletzt kein revivibles Recht. Für bloße Anwesenheitszeiten auf dem Botschaftsgelände besteht kein Anspruch auf Freizeitausgleich (1.). Die Klägerin kann bei im Auslandsdienst angefallener Mehrarbeit für den Zeitraum der Wahrnehmung des Freizeitausgleichs im Inland auch weder eine Verlängerung der Abordnung an das Auswärtige Amt und der Zuordnung an die jeweilige deutsche Botschaft (2.) noch Auslandsbezüge beanspruchen (3.).
- 9 1. Soweit die Klägerin für weitere Anwesenheitszeiten auf dem Gelände der deutschen Botschaft in Kabul einen Anspruch auf Freizeitausgleich geltend macht, hat sie hierauf nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keinen Anspruch.
- 10 a) Ein Anspruch auf Freizeitausgleich für Mehrarbeit kann sich unter bestimmten Voraussetzungen nach § 88 Satz 2 BGB ergeben, wenn es sich um Volldienst oder um Bereitschaftsdienst handelt. Hingegen kann Rufbereitschaft Freizeitausgleichsansprüche nach § 88 Satz 2 BBG nicht begründen. Denn Rufbereitschaft als Pflicht, sich außerhalb des Arbeitsplatzes bereitzuhalten, um bei Bedarf sofort zu Dienstleistungen abgerufen werden zu können (vgl. § 2 Nr. 11 Arbeitszeitverordnung - AZV - in der unverändert gültigen Fassung vom 23. Februar 2006, BGBl. I S. 427) ist in den Zeiten, für die sie angeordnet ist, - anders als Bereitschaftsdienst - keine Arbeitszeit (stRspr, vgl. BVerwG, Urteile vom 29. März 1974 - 6 C 21.71 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 10 S. 24 ff., vom 25. Oktober 1979 - 2 C 7.78 - BVerwGE 59, 45 <46 f.> = juris Rn. 41 und vom 12. Dezember 1979 - 6 C 96.78 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 17 S. 26 ff. = juris Rn. 28 ff.; vgl. § 12 Satz 1 AZV) und damit auch kein tauglicher Gegenstand von Mehrarbeit nach § 88 Satz 2 BBG.
- 11 Ungeachtet dessen kann nach § 12 Satz 2 AZV bei Rufbereitschaft ein Anspruch auf Freizeitausgleich entstehen: Hat die Beamtin oder der Beamte über die Arbeitszeit hinaus mehr als zehn Stunden im Kalenderjahr Rufbereitschaft, wird in-

nerhalb von zwölf Monaten ein Achtel der über zehn Stunden hinausgehenden Zeit bei feststehender Arbeitszeit als Freizeitausgleich gewährt und bei gleitender Arbeitszeit dem Gleitzeitkonto gutgeschrieben, soweit nicht zwingende dienstliche Gründe entgegenstehen. Dies stellt die Beklagte auch nicht in Abrede.

- 12 Außerdem kann sich ein Anspruch auf Freizeitausgleich aus dem auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützten beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruch ergeben: Zieht der Dienstherr Beamte über die regelmäßige Dienstzeit hinaus zum Dienst heran, ohne dass die Voraussetzungen für die Anordnung oder Genehmigung von Mehrarbeit erfüllt sind, so ist diese Inanspruchnahme rechtswidrig und haben die Beamten einen Anspruch darauf, dass sie unterbleibt (stRspr, vgl. BVerwG, Urteile vom 28. Mai 2003 - 2 C 28.02 - Buchholz § 72 BBG Nr. 38 S. 6 f., vom 29. September 2011 - 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 Rn. 8 f., vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 26 und vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 11). Dieser Billigkeitsanspruch kommt indes nur für rechtswidrige Zuvielarbeit in Betracht, die ab dem auf die erstmalige Geltendmachung folgenden Monat geleistet wurde; die Geltendmachung durch den Beamten dient dazu, eine Prüfung des Dienstherrn mit dem Ziel herbeizuführen, die Belange des Beamten zu berücksichtigen, und die Dienstpläne entsprechend anzupassen (vgl. BVerwG, Urteile vom 29. September 2011 - 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 Rn. 19 f. und vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 26 ff.).
- 13 Schließlich kann sich im Einzelfall ein Freizeitausgleichsanspruch aus einem unionsrechtlichen Haftungsanspruch ergeben. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (erstmalig: Urteil vom 19. November 1991, C-6/90 und C-9/90 [ECLI:EU:C:1991:428], Francovich - Slg. 1991, I-5357, LS 4) kann ein Mitgliedstaat für Schäden haften, die dem Einzelnen durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht entstanden sind, wenn die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Im Falle des Ausgleichsanspruchs wegen rechtswidriger Zuvielarbeit erfordert der Haftungsanspruch des Weiteren, dass der Beamte

ihn ausdrücklich gegenüber seinem Dienstherrn geltend macht (BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 16.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 25 ff.).

- 14 b) Ansprüche dieser Art hat das Berufungsgericht für die von der Klägerin geltend gemachten Anwesenheitszeiten rechtsfehlerfrei verneint.
- 15 Weitere Ansprüche aus § 88 Satz 2 BBG und aus § 12 Satz 2 AZV sind nicht gegeben. Die gemäß § 137 Abs. 2 VwGO bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts zu weiteren als den von der Beklagten bereits als ausgleichspflichtige Zeiten des Bereitschaftsdienstes und des Rufbereitschaftsdienstes gewerteten Anwesenheitszeiten der in der deutschen Botschaft in Kabul mit Aufgaben des Personen- und Objektschutzes betrauten Bundespolizisten lassen eine Einordnung als Bereitschaftsdienst oder als Rufbereitschaftsdienst nicht zu. Insbesondere ist für diese Zeiträume keine Pflicht der Bundespolizisten festgestellt, sich für einen Einsatz an einem bestimmten Ort aufzuhalten oder auch nur für einen solchen Einsatz in Rufbereitschaft zu sein. Die Anordnung, das Botschaftsgelände nur im Rahmen von Einsätzen zu verlassen, diene nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Sicherheit der Bundespolizisten, versetzte sie aber nicht in einen Bereitschaftsdienst und bezweckte auch nicht, im Bedarfsfall eine alsbaldige Dienstaufnahme zu ermöglichen.
- 16 Auch ein beamtenrechtlicher Ausgleichsanspruch und ein unionsrechtlicher Haftungsanspruch bestehen nicht. Zum einen sind - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - die bloßen Anwesenheitszeiten auf dem Botschaftsgelände nicht als ausgleichsfähige Arbeitszeit zu qualifizieren. Zum anderen fehlt es jedenfalls auch an der erforderlichen rechtzeitigen Geltendmachung; hier wurden Ansprüche lediglich im Nachhinein, also nach Ablauf des fraglichen Zeitraums, geltend gemacht.
- 17 2. Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, dass wegen ihrer im Auslandsdienst angefallenen Mehrarbeit für die Dauer der Wahrnehmung des Freizeitausgleichs im Inland ihre Abordnung an das Auswärtige Amt und Zuordnung an die jeweilige deutsche Botschaft verlängert werden.

- 18 Ein Beamter hat kein Recht auf unveränderte und ungeschmälernte Ausübung des ihm übertragenen konkret-funktionellen Amtes. Er muss vielmehr eine Änderung seines dienstlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe seines Amtes im statusrechtlichen Sinne hinnehmen (vgl. BVerwG, Urteile vom 23. September 2004 - 2 C 27.03 - BVerwGE 122, 53 <56>, vom 22. Juni 2006 - 2 C 1.06 - NVwZ 2006, 1291 Rn. 13 und vom 18. September 2008 - 2 C 8.07 - BVerwGE 132, 31 Rn. 16). Eine Abordnung nach § 27 Abs. 1 BBG und die anschließende Zuweisung eines konkreten Dienstpostens stehen im Ermessen des Dienstherrn, dem insoweit sehr weite Grenzen gesetzt sind. Ein Beamter kann abgeordnet werden, wenn hierfür ein dienstliches Bedürfnis besteht. Ebenso kann die Abordnung wieder aufgehoben werden, wenn dieses dienstliche Bedürfnis weggefallen ist. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach der Einschätzung des Dienstherrn (vgl. BVerwG, Beschluss vom 31. Mai 2010 - 2 B 30.10 - juris Rn. 4). Ein Anspruch des Beamten auf eine Abordnung - und hier zusätzlich auf Zuordnung eines bestimmten Dienstpostens, welcher die Voraussetzung der Gewährung von Auslandsdienstbezügen bilden soll - kommt daher grundsätzlich nicht in Betracht.
- 19 Ausgehend davon hat das Berufungsgericht die Entscheidung der Beklagten, für den Zeitraum der Wahrnehmung des Freizeitausgleichs im Inland eine erneute Abordnung an das Auswärtige Amt und Zuordnung zur deutschen Botschaft abzulehnen, zu Recht als nicht ermessensfehlerhaft angesehen. Für das klägerische Begehren ist ein dienstliches Bedürfnis nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Weiterführung von Abordnung und - ohnehin nur "fiktiv" gewollter - Verwendung im Ausland nicht zur ordnungsgemäßen Abgeltung des zu gewährenden Freizeitausgleichs erforderlich. Dass während der Verwendung an der Botschaft Auslandsbesoldung gezahlt worden ist, für deren weiteren Erhalt mit der begehrten Abordnung und (fiktiven) Verwendung die rechtliche Grundlage geschaffen werden soll, entfaltet keine das Ermessen der Beklagten einschränkende Wirkung.
- 20 3. Die Klägerin hat schließlich wegen ihrer im Auslandsdienst angefallenen Mehrarbeit für die Dauer der Wahrnehmung des Freizeitausgleichs im Inland keinen Anspruch auf Auslandsbesoldung.

- 21 Anknüpfungspunkt und wesentliche Voraussetzung für einen Anspruch auf Auslandsbesoldung ist der ausländische Dienstort (§ 52 Abs. 1 Satz 1 BBesG, § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslZuschIV). Bei diesem handelt es sich um den dienstlichen und tatsächlichen Wohnsitz des Beamten im Ausland. Der Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass nur der Bedienstete, der im Ausland auch tatsächlich wohnt, den mit der Auslandsverwendung typischerweise verbundenen materiellen und immateriellen Belastungen sowie Erschwernissen unterliegt, die eine besondere Abgeltung durch Auslandsdienstbezüge rechtfertigen. Diese Belastungen sind in der Regel nur bei einer ständigen, auf gewisse Dauer angelegten Tätigkeit und der damit verbundenen Verlagerung des Lebensmittelpunktes in das Ausland gegeben.
- 22 Dementsprechend werden Auslandsdienstbezüge nach § 52 Abs. 2 Satz 1 BBesG vom Tag nach dem Eintreffen am ausländischen Dienstort bis zum Tag vor der Abreise aus diesem Ort gezahlt. Diese unmittelbar nur Umsetzung und Versetzung betreffende Vorschrift gilt entsprechend u.a. für eine mehr als dreimonatige Abordnung (§ 52 Abs. 3 Satz 1 BBesG). Grund auch dieser Regelung ist, dass Auslandsdienstbezüge dem Beamten ausschließlich für den Zeitraum gewährt werden sollen, in welchem die besonderen Bedingungen des jeweiligen Auslandsdienstortes auch tatsächlich vorlagen.
- 23 Letztlich wird die Fortzahlung der Auslandsdienstbezüge für einen Zeitraum begehrt, in dem der Beamte seinen Wohnsitz (vgl. § 7 BGB) wieder im Inland begründet hatte und kein Dienstort im Ausland mehr bestand. Ein Dienstort im Ausland ist aber Voraussetzung der Auslandsbesoldung.
- 24 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Kenntner

Dollinger

Dr. Günther

B e s c h l u s s
vom 17. November 2016

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 69 993 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG).

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Kenntner