

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 30.02
VG 5 A 259.01

Verkündet
am 28. Mai 2003
Schütz
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts

auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 2003
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Silberkuhl
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dawin, Dr. Kugeler,
Groepfer und Dr. Bayer

für Recht erkannt:

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 15. März 2002 wird aufgehoben.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für die Zeit vom Ende des Monats der Antragstellung bis zum 31. Dezember 2000 Freizeitausgleich im Umfang von einer Stunde pro Kalendermonat zu gewähren.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt fünf Sechstel, die Beklagte trägt ein Sechstel der Kosten des Verfahrens.

G r ü n d e :

I.

Der Kläger ist als Bundesbeamter im Beitrittsgebiet tätig. Er musste aufgrund einer unrichtigen Auslegung der Arbeitszeitvorschriften des Einigungsvertrages durch die Beklagte (vgl. Urteil vom 21. Dezember 2000 - BVerwG 2 C 42.99 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 37 S. 1 ff.) mehrere Jahre lang Dienst mit einer Wochenarbeitszeit von 40 statt 38,5 Stunden leisten.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage, die auf Freizeitausgleich, hilfsweise auf Geldzahlung in Höhe des in § 4 der Mehrarbeitsvergütungsverordnung vorgesehenen Betrages gerichtet ist, abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt: Der Kläger habe keinen Anspruch auf Dienstbefreiung nach § 72 Abs. 2 Satz 2 BBG. Die Leistung der Dienststunden, die über 38,5 Stunden pro Woche hinausgehen, sei vom Dienstherrn nicht als Mehrarbeit angeordnet, sondern als Teil der regelmäßigen Wochenarbeitszeit abverlangt worden. Der zusätzliche Dienst könne mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht nachträglich als Mehrarbeit genehmigt werden. Auch als Schadensersatz könne der Kläger die Dienstbefreiung nicht beanspruchen. Ein Schadensersatzanspruch aus Fürsorgepflichtverletzung erfordere eine Verletzung dieser Pflicht im Kernbereich. Davon könne bei einer Heranziehung zu einem Dienst von 40 Wochenstunden keine Rede sein. Ein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der allgemeinen Pflicht, von dem Beamten nur einen Dienst in der gesetzlich

vorgesehenen Dauer zu fordern, scheitere daran, dass zusätzlich geleisteter Beamtendienst kein Schaden sei. Der Folgenbeseitigungsanspruch gewähre den begehrten Ausgleich nicht, weil nicht die Beseitigung eines bestehenden rechtswidrigen Zustands begehrt werde.

Die hilfsweise beantragte Geldleistung stehe dem Kläger als Mehrarbeitsvergütung mangels geleisteter Mehrarbeit, als Schadensersatz mangels eines materiellen Schadens nicht zu.

Mit seiner Sprungrevision beantragt der Kläger,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 15. März 2002 aufzuheben und nach dem Klageantrag zu erkennen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Der Vertreter des Bundesinteresses teilt die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts.

II.

Die zulässige Sprungrevision ist überwiegend unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Dienstbefreiung im selben Umfang, wie er in der Zeit vor dem 31. Dezember 2000 über die geltende Wochenarbeitszeit hinaus hat Dienst leisten müssen.

Wie der Senat in seinem Urteil vom 21. Dezember 2000 - BVerwG 2 C 42.99 - (Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 37 S. 1 ff.) entschieden hat, beträgt die regelmäßige Arbeitszeit der Bundesbeamten seit dem 1. Oktober 1992 auch im Beitrittsgebiet im Durchschnitt 38,5 Stunden in der Woche (§ 72 Abs. 4 BBG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die Arbeitszeit der Bundesbeamten <AZV> i.d.F. der Verordnung vom 9. Februar 1989 <BGBl I S. 227>). Die Beklagte hat den Kläger jedoch seit Aufnahme des Dienstes im Beitrittsgebiet zu einem Dienst von 40 Wochenstunden herangezogen. Für einen Anspruch auf Dienstbefreiung im Umfang der Gesamtdauer des geleisteten Zusatzdienstes fehlt es an einer Rechtsgrundlage.

§ 72 Abs. 2 Satz 2 BBG scheidet als Rechtsgrundlage aus. Nach dieser Bestimmung in der Fassung, die bis zu ihrer Änderung durch Art. 2 Nr. 1 b sowie Art. 3 Nr. 2 des Besoldungs-

strukturgesetzes - BesStruktG - vom 21. Juni 2002 (BGBl I S. 2138) zum 1. Juli 2002 galt, ist innerhalb dreier Monate für die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Mehrarbeit entsprechende Dienstbefreiung zu gewähren, wenn der Beamte durch eine dienstlich angeordnete oder genehmigte Mehrarbeit mehr als fünf Stunden im Monat über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus beansprucht worden ist.

Der über 38,5 Stunden in der Woche hinausgehende Dienst des Klägers war keine Mehrarbeit. Mehrarbeit ist nach der gesetzlichen Definition in § 7 Abs. 1 Satz 1 AZV der Dienst, den der Beamte aufgrund dienstlicher Anordnung oder Genehmigung zur Wahrnehmung der Obliegenheiten des Hauptamts oder, soweit ihm ein Amt nicht verliehen ist, zur Erfüllung der einem Hauptamt entsprechenden Aufgaben über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus verrichtet. Bei dem Dienst, den der Kläger über 38,5 Stunden pro Woche hinaus geleistet hat, fehlt es an der Anordnung oder Genehmigung des Dienstherrn.

Anordnung und Genehmigung von Mehrarbeit sind Ermessensentscheidungen, die der Dienstherr unter Abwägung der im konkreten Zeitpunkt maßgebenden Umstände zu treffen hat. Der Dienstherr hat dabei zu prüfen, ob nach den dienstlichen Notwendigkeiten überhaupt eine Mehrarbeit erforderlich ist und welchem Beamten sie übertragen werden soll (vgl. Urteil vom 2. April 1981 - BVerwG 2 C 1.81 - Buchholz 237.7 § 78 a LBG Nordrhein-Westfalen Nr. 2 S. 3). Eine derartige Entscheidung hat die Beklagte nach den tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts nicht getroffen. Auch durch die Aufstellung und Praktizierung des Dienstplans mit 40 Wochenstunden in der Dienststelle des Klägers hat die Beklagte keine Mehrarbeit im Umfang der die gesetzliche Wochenarbeitszeit übersteigenden Stunden angeordnet. Sie hat vielmehr die reguläre Arbeitszeit rechtswidrig festgesetzt.

Einer nachträglichen Genehmigung des zusätzlichen Dienstes als Mehrarbeit steht entgegen, dass Mehrarbeit nur angesetzt werden darf, wenn zwingende dienstliche Gründe dies erfordern und sich die Mehrarbeit auf Ausnahmefälle beschränkt (§ 72 Abs. 2 Satz 1 BBG, § 7 Abs. 2 AZV). Diese Situation bestand nach den tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts, an die der Senat gemäß § 137 Abs. 2 und § 134 Abs. 4 VwGO gebunden ist, "ersichtlich nicht".

Auf die Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§ 79 BBG) lässt sich ein Anspruch auf Freizeitausgleich nicht stützen. Aus der Fürsorgepflicht ergeben sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur dann Leistungsansprüche, wenn andernfalls die Fürsorgepflicht in ihrem Wesenskern verletzt wäre (vgl. u.a. Urteil vom 10. Juni 1999 - BVerwG 2 C 29.98 - Buchholz 270 § 6 BhV Nr. 12 S. 3 m.w.N.). Den Wesenskern der Für-

sorgepflicht können allenfalls unzumutbare Belastungen des Beamten berühren (vgl. Urteil vom 21. Dezember 2000 - BVerwG 2 C 39.99 - BVerwGE 112, 308 <310 f.>). Von einer solchen unzumutbaren Belastung kann jedoch keine Rede sein, wenn die wöchentliche Arbeitszeit um 1,5 Stunden überschritten wird, dabei aber immer noch deutlich unter der gesetzlich höchstzulässigen Wochenarbeitszeit von 44 Stunden gemäß § 72 Abs. 1 BBG bleibt.

Für einen Schadensersatzanspruch fehlt es an einem zu ersetzenden Schaden. Zusätzlicher Dienst eines Beamten ist kein Schaden im Sinne des allgemeinen Schadensersatzrechts. Für beamtenrechtliche Schadensersatzansprüche ist der Schadensbegriff maßgebend, der auch den §§ 249 ff. BGB zugrunde liegt (stRspr; vgl. z.B. Urteile vom 21. Februar 1991 - BVerwG 2 C 48.88 - BVerwGE 88, 60 <63> m.w.N. und vom 10. Februar 2000 - BVerwG 2 A 4.99 - Buchholz 236.1 § 24 SG Nr. 18 S. 10). Danach ist mangels besonderer Vorschriften Geldersatz nur bei einem Vermögensschaden, nicht bei einem immateriellen Schaden zu leisten. Der Aufwand von Zeit und Arbeitskraft zur Leistung des zusätzlichen Dienstes und der damit verbundene Verlust von Freizeit als solcher sind kein durch Geld zu ersetzender materieller Schaden (Urteile vom 21. Februar 1991, a.a.O. sowie vom 5. November 1998 - BVerwG 2 A 2.98 - Buchholz 240 § 48 BBesG Nr. 7 S. 4; ebenso BGH, Urteile vom 29. April 1977 - V ZR 236/74 - BGHZ 69, 34 <36> und vom 22. November 1988 - VI ZR 126/88 - BGHZ 106, 28 <31 f.>).

Der allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch führt ebenfalls nicht zu dem begehrten Freizeitausgleich. Es besteht kein rechtswidriger Zustand, der zu beseitigen ist (vgl. Urteile vom 19. Juli 1984 - BVerwG 3 C 81.82 - BVerwGE 69, 366 <370 ff.>; vom 6. September 1988 - BVerwG 4 C 26.88 - BVerwGE 80, 178 <179> und vom 26. August 1993 - BVerwG 4 C 24.91 - BVerwGE 94, 100 <119>). Die rechtswidrige Arbeitsbelastung des Klägers mit 40 statt mit 38,5 Stunden kann für die Zeit bis Dezember 2000 nicht mehr rückwirkend beseitigt werden.

Ein Anspruch auf Dienstbefreiung ergibt sich jedoch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dieser Rechtsgrundsatz gilt auch im öffentlichen Recht, insbesondere im Beamtenrecht (stRspr; vgl. Urteile vom 24. September 1959 - BVerwG 2 C 405.57 - BVerwGE 9, 155 <160>; vom 7. Juni 1962 - BVerwG 2 C 15.60 - BVerwGE 14, 222 <227> und vom 31. Januar 1974 - BVerwG 2 C 36.70 - Buchholz 237.5 § 81 HessBG Nr. 1). Er

vermag in dem engen, auf Dauer angelegten Rechtsverhältnis, in dem Dienstherr und Beamter verbunden sind, die nach der jeweiligen Interessenlage gebotenen Nebenpflichten zu begründen. Im Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten hat der Grundsatz von Treu und Glauben die Pflicht zum Ausgleich der Zuvielarbeit entstehen lassen.

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. Die Beamten haben einen Anspruch darauf, dass sie unterbleibt. Das Gesetz enthält keine Regelung der Konsequenzen, die eintreten, wenn der Dienstherr diese Unterlassungsverpflichtung verletzt. Daraus ist jedoch nicht zu schließen, dass die rechtswidrige Festlegung einer Arbeitszeit, die über die normativ zulässige Arbeitszeit hinausgeht, ohne Folgen bleibt. Eine ohne jeden Ausgleich bleibende Mehrbeanspruchung des Beamten über einen langen Zeitraum würde Grundwertungen widersprechen, die in den Vorschriften des beamtenrechtlichen Arbeitszeitrechts zum Ausdruck kommen. Ein Wertungswiderspruch bestünde insbesondere zu § 72 Abs. 2 Satz 2 BBG, der bei einer über die Wochenarbeitszeit hinausgehenden Beanspruchung in der Form kurzzeitiger Mehrarbeit von mehr als fünf Stunden pro Monat einen Freizeitausgleich vorsieht. Damit ist zwar nicht die entsprechende Anwendung dieser Ausgleichsregelung in Fällen gerechtfertigt, in denen Beamte Dienst nach einer rechtswidrig festgesetzten Wochenarbeitszeit leisten müssen. Der Ausgleich nach § 72 Abs. 2 Satz 2 BBG ist auf Mehrarbeit im Sinne des § 7 AZV zugeschnitten. Diese darf nur für kurze Zeit und nur in Ausnahmefällen angeordnet werden. Dementsprechend zeigt die Festlegung der Zeitspanne, innerhalb derer die Mehrarbeit auszugleichen ist, einerseits, dass der Gesetzgeber die Ansammlung von Freizeitausgleichsstunden in größerer Zahl im Interesse eines kontinuierlichen Dienstbetriebs vermieden wissen will. Andererseits ist der innerhalb einer bestimmten Frist vorzunehmende Ausgleich auch ein Hinweis darauf, dass die vorgesehene Kompensation mit dem Ausnahmecharakter der auszugleichenden Mehrarbeit zusammenhängt: Die alsbaldige Realisierung des Ausgleichs soll eine rasche Rückkehr zur Normalität des Dienstablaufs möglich machen.

Auch wenn § 72 Abs. 2 Satz 2 BBG auf Fälle einer rechtswidrigen Heranziehung zu einer gesetzwidrig festgesetzten Wochenarbeitszeit nicht entsprechend anwendbar ist, lässt die Vorschrift doch erkennen, dass Überschreitungen der regelmäßigen Arbeitszeit den Beamten nicht prinzipiell ohne jeglichen Ausgleich durch Dienstbefreiung zugemutet werden sollen. Eine kompensationslose Benachteiligung der mehrbeanspruchten Beamten wäre zudem

mit dem sozialen Zweck der Arbeitszeitregelung einschließlich des Ausgleichs der Überbeanspruchung durch Dienstbefreiung schwerlich vereinbar (vgl. auch Urteil vom 10. Dezember 1970 - BVerwG 2 C 45.68 - BVerwGE 37, 21 <28>). § 72 Abs. 2 BBG ist deshalb nach Treu und Glauben in einer Weise zu ergänzen, welche die beiderseitigen Interessen zu einem billigen Ausgleich bringt und dabei dem Sinn und Zweck der Arbeitszeitregelung gerecht wird (Urteil vom 10. Dezember 1970, a.a.O.). Dies bedeutet, dass die im Beitrittsgebiet tätigen Bundesbeamten, die Dienst mit einer rechtswidrig festgesetzten Wochenstundenzahl leisten mussten, Anspruch auf eine angemessene Dienstbefreiung haben.

Da die Bundesbeamten im Beitrittsgebiet pro Monat insgesamt sechs Stunden mehr gearbeitet haben als sie aufgrund der geltenden regelmäßigen Dienstzeit von 38,5 Stunden in der Woche zu arbeiten verpflichtet waren, lag ihre Mehrbeanspruchung oberhalb der Grenze, jenseits derer der Gesetzgeber überhaupt einen Freizeitausgleich für erforderlich hält.

Ein Ausgleich, dessen Umfang der Dauer des geleisteten Zusatzdienstes entspricht, ist bei Praktizierung einer rechtswidrigen regelmäßigen Dienstzeit nicht angemessen. Zur Gewährung eines so bemessenen Ausgleichs, wie ihn das Gesetz - gerade - bei Mehrarbeit von mehr als fünf Stunden im Monat vorsieht, kann es, da Mehrarbeit nur in Ausnahmefällen und nur als zeitlich eng begrenzte Maßnahme angeordnet werden darf, nur ausnahmsweise kommen; die Dienstbefreiung ist dann ebenfalls zeitlich eng begrenzt. Bei der Heranziehung zu einem Zusatzdienst, der rechtswidrig gefordert wird, weil die regelmäßige Wochenarbeitszeit fehlerhaft festgesetzt worden ist, erscheint angemessen deshalb eine Dienstbefreiung, die ebenso lang ist wie die Zeit, die der Beamte allmonatlich insgesamt über die ohne Ausgleich höchstzulässige Mehrarbeit von fünf Stunden pro Monat hinaus gearbeitet hat.

Ein Geldbetrag in Höhe der Mehrarbeitsvergütung nach der Verordnung über die Gewährung von Mehrarbeitsvergütung an Beamte (MVergV) vom 13. März 1992 (BGBl I S. 529), neu bekannt gemacht in der Fassung vom 13. Dezember 1998 (BGBl I S. 3494), den der Kläger hilfsweise nach seinem Antrag auf weitergehenden Freizeitausgleich begehrt, steht dem Kläger nicht zu. § 3 dieser Verordnung, die einzig in Betracht kommende Anspruchsgrundlage, verlangt nach ihrer insoweit sachlich unverändert geltenden Fassung, dass der Beamte schriftlich angeordnete oder genehmigte Mehrarbeit geleistet hat und diese aus zwingenden dienstlichen Gründen nicht durch Dienstbefreiung ausgeglichen werden kann. Daran fehlt es.

Als Schadensersatz steht dem Kläger der Geldbetrag nicht zu, weil er keinen materiellen Schaden erlitten hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 VwGO.

Dr. Silberkuhl

Prof. Dawin

Dr. Kugele

Groepper

Dr. Bayer

B e s c h l u s s

Der Streitwert wird für die Revisionsinstanz auf 7 000 € festgesetzt (pauschalierter Betrag der begehrten Mehrarbeitsvergütung für eine Mehrarbeit von 1,5 Stunden pro Woche über fünf Jahre).

Dr. Silberkuhl

Groepper

Dr. Bayer

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Beamtenrecht

Fachpresse: nein

Rechtsquellen:

BBG § 72

AZV §§ 1, 7

BGB §§ 242, 249

Stichworte:

Arbeitszeit der Bundesbeamten im Beitrittsgebiet; zu hoch festgesetzte Wochenarbeitszeit; Freizeitausgleich.

Leitsatz:

Die im Beitrittsgebiet tätigen Bundesbeamten, die bis zum 31. Dezember 2000 Dienst mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von 40 Stunden in der Woche leisten mussten, haben Anspruch auf Ausgleich der Zuvielarbeit durch Dienstbefreiung im Umfang von einer Stunde pro Monat, in dem über den obligatorischen Umfang hinaus Dienst geleistet werden musste (wie Urteil vom heutigen Tage - BVerwG 2 C 28.02 -).

Urteil des 2. Senats vom 28. Mai 2003 - BVerwG 2 C 30.02

I. VG Berlin vom 15.03.2002 - Az.: VG 5 A 243.01 -