

Az.: 2 A 960/19
3 K 2020/15



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des

- Kläger -
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Bundesrepublik Deutschland
vertreten durch die Bundespolizeidirektion Pirna
Rottwerndorfer Straße 22, 01796 Pirna

- Beklagte -
- Berufungsbeklagte -

wegen

Anrechnung von Pausen unter Bereithaltung auf die Arbeitszeit
hier: Berufung

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Henke und den Richter am Verwaltungsgericht Quirnbach aufgrund der mündlichen Verhandlung

vom 17. November 2020

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 3. Juli 2019 - 3 K 2020/15 - geändert. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger weitere Pausenzeiten in Höhe von insgesamt 315 Minuten auf die Arbeitszeit anzurechnen und dem Arbeitszeitkonto des Klägers gutzuschreiben. Die Bescheide vom 5. September 2014 und vom 11. November 2015 werden aufgehoben, soweit sie dem entgegenstehen. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen und die Klage abgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Beteiligten je zur Hälfte. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger 5/8, die Beklagte 3/8.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Der Kläger begehrt die Berücksichtigung von im Jahr 2013 angefallenen Pausenzeiten als Arbeitszeit auf seinem Arbeitszeitkonto, hilfsweise deren Auszahlung.
- 2 Der Kläger steht als Polizeibeamter im Dienst der Beklagten und wird bei der Mobilen Kontroll- und Überwachungseinheit der Bundespolizeidirektion P verwendet. Mit Anträgen vom 28. Juli, 10. September und 16. Dezember 2013 beantragte er die Anrechnung von Pausen unter Bereithaltung auf die Arbeitszeit rückwirkend ab 1. Januar 2013 wie folgt:

Datum	Dienststelle	Anlass	Pausendauer
22.01.2013	BPOLI KLT	Zugstreife	30 Minuten
30.01.2013	BPOLI L	Bahnhof	45 Minuten
02.02.2013	BPOLI ERF	FBK	45 Minuten
05.02.2013	BPOLI C	Zugstreife	30 Minuten
04.05.2013	BPOLI C	Fußball	30 Minuten
24.05.2013	BPOLI ERF	Fußball	45 Minuten
28.05.2013	BPOLI DD	Fußball	45 Minuten
25.06.2013	BPOLI C	Zugstreife	30 Minuten
09.07.2013	BPOLI DD	Zugstreife	30 Minuten

25.07.2013	BPOLI ERF	Fußball	30 Minuten
27.07.2013	BPOLI ERF	Fußball	45 Minuten
06.08.2013	BPOLI C	Grenzstreife	30 Minuten
08.08.2013	BPOLI ERF	Bahnhof	45 Minuten
09.08.2013	BPOL ERF	Bahnhof	45 Minuten
11.08.2013	BPOLI L	Bahnhof, Fußball	45 Minuten
17.08.2013	BPOLI C	Fußball, FBK	45 Minuten
18.08.2013	BPOLI ERF	Fußball, FBK	45 Minuten
20.08.2013	BPOLI C	Haftvollstreckung	30 Minuten
29.08.2013	BPOLI KLT	Zugstreife	30 Minuten
01.09.2013	BPOLI MD	Fußball	30 Minuten
13.10.2013	BPOLI C	Fußball	45 Minuten
22.10.2013	BPOLI HAL	Einsatz	30 Minuten
02.11.2013	BPOLI L	Fußball	45 Minuten
10.11.2013	BPOLI DD	Fußball	30 Minuten
23.11.2013	BPOLI ERF	Fußball	30 Minuten
28.11.2013	BPOLI HAL	Einsatz	45 Minuten
30.11.2013	BPOLI MD	Fußball	45 Minuten

- 3 Die betreffenden Pausen seien hinsichtlich Zeit und Länge nicht im Voraus bekannt gewesen und je nach Einsatzgeschehen als Erfrischungszeiten durchgeführt worden. Dienstwaffe, Dienstkleidung und sonstige Einsatzmittel habe der Kläger in diesen Zeiten durchgehend weiter tragen müssen und sich hierdurch ständig im Dienst befunden. Zudem hätten Dienstfahrzeuge gesichert werden müssen. Ausgehend von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts habe es sich deshalb nicht um Ruhepausen gehandelt; auch die Voraussetzungen für eine Rufbereitschaft hätten nicht vorgelegen. Für den Kläger seien demnach nur Pausen unter Bereithaltung gemäß § 5 Abs. 4 AZV angeordnet gewesen. Für diese sei nach dem Schreiben des Bundesministeriums des Innern vom 18. Dezember 2013 an das Bundespolizeipräsidium Potsdam künftig eine Anrechnung auf die Arbeitszeit vorzunehmen.
- 4 Die Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 8. September 2014 ab. Die Pausen seien jeweils vor Beginn angekündigt und vollständig durchgeführt worden. Eine Anrechnung auf die Arbeitszeit sei bei Ruhepausen gemäß § 5 Abs. 1 AZV nur bei Wechselschichtdienst möglich, den der Kläger nicht geleistet habe. Nach der geltenden Erlasslage sei auch eine Pause unter Bereithaltung eine Ruhepause und nicht anrechenbar. Der durch Verfügung des Bundespolizeipräsidiums vom 19. Dezember 2013 umgesetzte Erlass vom 18. Dezember 2013 sei nicht rückwirkend anzuwenden. Den hiergegen eingelegten Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit

Widerspruchsbescheid vom 11. November 2015 zurück. Eine Anrechnung von Pausenzeiten unter Bereithaltung auf die Arbeitszeit sei erst mit der Änderung der Arbeitszeitverordnung zum 19. Dezember 2014 möglich geworden. Ergänzend werde auf die (damalige) Erlasslage bei dem Bundesministerium des Innern und dem Bundespolizeipräsidium verwiesen. Etwas anderes folge auch nicht aus der Richtlinie 2003/88/EG, deren Regelungen sich auf das Arbeitsschutzrecht beschränken würden; die Festsetzung des Arbeitsentgeltes sei dagegen dem nationalen Recht vorbehalten.

- 5 Auf die am 8. Dezember 2015 erhobene Klage verpflichtete das Verwaltungsgericht die Beklagte unter teilweiser Aufhebung der ablehnenden Bescheide, dem Arbeitszeitkonto des Klägers Pausenzeiten in Höhe von 45 Minuten für den 11. August 2013, 30 Minuten für den 1. September 2013, 45 Minuten für den 2. November 2013, 30 Minuten für den 10. November 2013 und 45 Minuten für den 30. November 2013 gutzuschreiben und wies die Klage im Übrigen ab. Für die Tage im geltend gemachten Zeitraum vom 22. Januar bis zum 27. Juli 2013 fehle es bereits an einer rechtzeitigen Geltendmachung der Ansprüche. Zwar sei ein Rechtsverlust durch Zeitablauf nicht vorgesehen; erforderlich sei jedoch die schriftliche Rüge der beanstandeten Pausengestaltung. Ein der Rügeobliegenheit genügender schriftlicher Antrag sei erstmalig am 28. Juli 2013 gestellt worden.
- 6 Grundlage der Ansprüche sei § 5 Abs. 1 AZV in der bis 31. Dezember 2013 geltenden Fassung, wonach Ruhepausen außer bei Wechselschichtdienst - den der Kläger nicht leiste - nicht auf die Arbeitszeit angerechnet werden. Eine Ausnahme hiervon könne gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 AZV dann zugelassen werden, wenn zwingende dienstliche Gründe es erfordern und angeordnet werde, dass sich die Beamten in den Pausen zur Dienstleistung bereithalten. Für die Frage, ob dem Kläger eine Zeitgutschrift für die Pausenzeiten zustehe, sei maßgeblich darauf abzustellen, ob die ihm gewährten Pausen als Ruhepausen nach § 2 Nr. 3 AZV eingeordnet werden könnten. Dies sei - mit Ausnahme der im Tenor ersichtlichen Zeiten - der Fall. Eine ausdrückliche Anordnung zur Bereithaltung habe für die streitgegenständlichen Pausen zur Überzeugung der Kammer nicht vorgelegen. Auch eine konkludente Anordnung zur Bereithaltung habe sich in der Mehrzahl der Fälle weder aus der allgemeinen Weisungslage noch aus dem Mitführen des Funkgeräts oder Handys noch dem Tragen der Uniform noch den räumlichen Beschränkungen ergeben. Der Pausenbeginn habe

auch nicht bereits bei Schichtbeginn feststehen müssen. Eine andere Bewertung ergebe sich lediglich für die einzeln benannten Tage, bei denen durch die Beklagte ausdrückliche - zeitlich, örtliche und die Pausengestaltung betreffende - Einschränkungen getroffen worden seien. (Nur) in diesen Fällen seien die betreffenden Zeiten keine Ruhepausen und deshalb als Arbeitszeit anzurechnen.

- 7 Mit seiner vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung begehrt der Kläger die Anrechnung, hilfsweise Auszahlung der Pausenzeiten an den 22 Tagen, für die die Klage abgewiesen wurde. Eine Rügepflicht habe nicht bestanden und erweise sich als europarechtswidrig, weil sie gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoße. Die Beklagte gehe ausweislich des Erlasses vom 18. Dezember 2013 ab 2014 selbst davon aus, dass Pausenzeiten von Beamten mobiler Kontroll- und Überwachungseinheiten keine Ruhepausen im Sinne von § 2 Nr. 3 AZV seien. Nachdem sich die Einsätze ab 2014 gegenüber den Vorjahren nicht verändert hätten, sei daraus zu schließen, dass auch die Pausenzeiten in 2013 keine Ruhepausen gewesen seien. Unter Berücksichtigung der Richtlinie 2003/88/EG handele es sich bei Pausen unter Bereithaltung um Arbeitszeit, vergleichbar dem Bereitschaftsdienst. Eine Ruhepause setze voraus, dass der Beamte die Möglichkeit habe, sich im Voraus darauf einzustellen und diese nach persönlichen Bedürfnissen und Interessen auszurichten, etwa private Telefonate und Besorgungen zu erledigen oder sich zu einer Mahlzeit zu verabreden. Dies sei bei einer „spontanen“ Pausengewährung nicht möglich. Auch die Sicherstellung der Kontaktaufnahme über Funk oder Handy stehe der Annahme einer Ruhepause entgegen. Denn anders als etwa Reisezeiten oder Rufbereitschaft ließen Ruhepausen gerade keine dienstliche Inanspruchnahme zu. Der Erholungswert der Pause werde zudem durch die umfangreiche Körperschutzausrüstung erheblich eingeschränkt; entsprechendes gelte für die Mitführung und Aufsichtspflicht betreffend Dienstfahrzeuge und weitere Einsatzmittel. Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Dienstherr die Pausen auf jeweils 15 Minuten aufteilen könne. Schließlich würden die genannten Einschränkungen nicht durch die Gewährung von Zulagen ausgeglichen. Insgesamt komme es für die Bewertung der Pausen nicht auf etwaige gezielte Maßnahmen des Dienstherrn, sondern allein auf die tatsächlichen Gegebenheiten an.

8 Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 3. Juli 2019 - 3 K 2020/14 - abzuändern und die Beklagte unter Aufhebung des angefochtenen Bescheides vom 5. September 2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. November 2015 zu verpflichten, die von ihm im einzelnen aufgestellten Pausenzeiten an 22 Tagen beginnend mit dem 22. Januar 2013 und endend mit dem 28. November 2013 rückwirkend auf die Arbeitszeit anzurechnen und dem Arbeitszeitkonto des Klägers gutzuschreiben, hilfsweise zu Auszahlung zu bringen.

9 Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

10 Der Kläger habe schon nicht der Rügeobliegenheit genügt. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts sei die allgemeine pauschale Rüge in Form des Erstantrags vom 28. Juli 2013 hierzu nicht ausreichend. Entsprechendes gelte für die Folgeanträge. Dem Kläger stehe auch kein hiervon unabhängiger Ausgleichsanspruch zu. Die Pausen seien jeweils im Vorhinein festgelegt und sämtlich durchgeführt worden. Ein Bereithalten während der Pause sei in keinem Fall angeordnet worden. Es liege auch nicht aus anderen Gründen vor. Den Beamten habe es freigestanden, wo und wie sie die Pause verbringen. Der persönliche Bewegungsspielraum sei bei einer Pause - anders als bei sonstiger dienstfreier Zeit - von vornherein eingegrenzt, was alle Arbeitnehmer betreffe. So könne eine Pause (die zulässig auf Abschnitte von jeweils 15 Minuten aufgeteilt werden könne) nicht zur umfangreichen Gestaltung von Freizeitaktivitäten ohne jeden Einfluss von Arbeitgeber oder Arbeitsstätte dienen. Auch die Möglichkeit einer dienstlichen Heranziehung etwa durch Herstellung der Erreichbarkeit führe nicht zum Verlust des Pausenwertes. Bloße Einschränkungen aus der Eigenart des Dienstes sowie den örtlichen und zeitlichen Verhältnissen der Pause minderten ebenfalls nicht deren Erholungswert. Schließlich gehörten eventuelle Einschränkungen zum typischen Alltag im Polizeivollzugsdienst, die mit der Polizeizulage abgegolten seien. Aus dem Erlass des Bundesinnenministeriums vom 18. Dezember 2013 könne der Kläger nichts herleiten, weil dieser nicht für die Vergangenheit wirke. Auch nach der aktuellen Erlasslage sei im Übrigen bei operativen Einheiten nicht generell von einem Bereithalten während der Pause auszugehen.

- 11 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Behördenakte der Beklagten, auf die Gerichtsakte des Verwaltungsgerichts Chemnitz und die Gerichtsakte des Berufungsverfahrens verwiesen.

Entscheidungsgründe

- 12 Die zulässige Berufung hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Ein Anspruch auf Anrechnung von Pausenzeiten besteht über die vom Verwaltungsgericht bereits zugesprochenen Zeiten hinaus an weiteren acht Tagen des Jahres 2013. Im Übrigen erweist sich die Ablehnung der Anrechnung als rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 VwGO).
- 13 I. Die Klage ist zulässig. Sie ist als allgemeine Leistungsklage (vgl. OVG NRW, Urt. v. 20. Oktober 2011 - 6 A 1265/09 -, juris Rn. 35; VG Leipzig, Urteil v. 4. Juli 2013 - 3 K 473/12 -, juris Rn. 19; Senatsurt. v. 22. März 2016 - 2 A 374/14 -, juris) i. V. m. einer auf den Bescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids bezogenen Anfechtungsklage statthaft.
- 14 II. Die Klage ist teilweise begründet.
- 15 1. Der Begründetheit der Klage steht nicht entgegen, dass sich diese auf Pausenzeiten aus dem Jahr 2013 bezieht. Der geltend gemachte Anspruch ist nicht durch Zeitablauf erloschen. Die gesetzlichen Arbeitszeitregelungen, zu denen die Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten des Bundes (Arbeitszeitverordnung - AZV) zählt, sehen einen entsprechenden Rechtsverlust nicht vor (vgl. BVerwG, Urt. v. 1. April 2004 - 2 C 14.03 -, juris Rn. 12; VG Leipzig, Urt. v. 4. Juli 2013 a. a. O.; Senatsurt. v. 22. März 2016 - a. a. O. Rn.19). Der Ausgleichsanspruch besteht jedenfalls dann fort, wenn der Beamte rechtzeitig den Ausgleich geltend gemacht und um Rechtsschutz nachgesucht hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 1. April 2004 a. a. O.).
- 16 2. Für die geltend gemachten Tage im Zeitraum 22. Januar bis 27. Juli 2013 fehlt es indes an einer rechtzeitigen Geltendmachung der Pausenzeiten gegenüber der Beklagten. Erforderlich ist insoweit, dass der Beamte die aus seiner Sicht zu Unrecht unterbliebene Anrechnung schriftlich gegenüber dem Dienstherrn rügt. Das

Bundesverwaltungsgericht führt (zum Ausgleichsanspruch wegen Zuvielarbeit) aus (Urt. v. 29. September 2011 - 2 C 32.10 -, juris Rn. 19):

Der Anspruch auf zeitlichen Ausgleich für Zuvielarbeit muss allerdings von dem Beamten gegenüber seinem Dienstherrn ausdrücklich geltend gemacht werden. Ein Ausgleich kommt nur für Zuvielarbeit in Betracht, die der Beamte nach Antragstellung leisten muss. Ein Ausgleich der vorher erbrachten Zuvielarbeit ist unabhängig davon, ob der Anspruch verjährt ist oder nicht, nicht angemessen und würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen. Dies folgt aus der sich aus dem Beamtenverhältnis ergebenden Pflicht, auch im Rahmen eines Ausgleichs für rechtswidriges Verhalten auf die Belange des Dienstherrn Rücksicht zu nehmen und ihm die Möglichkeit zu geben, sich auf die gegen ihn erhobenen Ansprüche einzustellen. Der Dienstherr hat ein berechtigtes Interesse daran, nicht nachträglich mit hohen Ausgleichsforderungen belastet zu werden. Auch der Zweck des Anspruchs, durch Freizeitausgleich die besonderen gesundheitlichen Belastungen der Zuvielarbeit auszugleichen, spricht für das Erfordernis einer Geltendmachung im zeitlichen Zusammenhang mit der Belastung. Hiervon unabhängig ist es dem Beamten in dem von gegenseitiger Rücksichtnahme geprägten Verhältnis zu seinem Dienstherrn zuzumuten, seinem Begehren auf Gewährung von zeitlichem Ausgleich frühzeitig Ausdruck zu verleihen, zumal an einen solchen Antrag keine hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteile vom 27. Mai 2010 - BVerwG 2 C 33.09 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 117 Rn. 14, 15 und vom 13. November 2008 - BVerwG 2 C 16.07 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 101 Rn. 21 ff.).

- 17 Zwar wendet sich der Kläger gegen die unterbliebene Anrechnung von Pausen in Bereithaltung auf die Arbeitszeit, was nicht notwendig einer (rechtswidrigen) Zuvielarbeit gleichkommt. Der Senat erachtet die Konstellation gleichwohl als vergleichbar, denn sämtliche vom Bundesverwaltungsgericht benannten Argumente lassen sich auf die Frage der Anrechnung von Pausenzeiten übertragen.
- 18 Ausgehend von diesem Maßstab hat der Kläger erstmalig mit Antrag vom 28. Juli 2013 die Gestaltung der Pausenzeiten gegenüber der Beklagten schriftlich gerügt. Es wird hierzu auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts (UA S. 10/11) verwiesen (§ 130b Satz 2 VwGO). Dass bereits vor diesem Zeitpunkt eine schriftliche Geltendmachung erfolgt sei, trägt der Kläger auch im Berufungsverfahren nicht vor. Soweit er eine Rügepflicht unter Berufung auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 25. November 2010 - C-429/09 -, juris in Abrede stellt, hat das Bundesverwaltungsgericht in der bereits zitierten Entscheidung vom 29. September 2011 - a. a. O. Rn. 20 - ausgeführt:

Dies ist mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Urteil vom 25. November 2010 a.a.O. Rn. 71 ff.) vereinbar. Zwar darf die Ausübung der Rechte, die dem Einzelnen aus den unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Unionsrechts erwachsen, nicht durch die Ausgestaltung des innerstaatlichen Verfahrensrechts unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden. Insbesondere darf der Anspruch eines Beamten auf Ersatz des Schadens, der ihm durch den Verstoß der Behörden gegen Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88 entstanden ist, nicht davon abhängig gemacht werden, dass zuvor ein Antrag auf Einhaltung dieser unionsrechtlichen Bestimmung bei seinem Dienstherrn gestellt wurde (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 a.a.O. Rn. 90). Denn das Recht der Europäischen Union ist von den Behörden und Gerichten der Mitgliedstaaten unabhängig davon anzuwenden, ob seine Anwendung ausdrücklich beantragt worden ist oder nicht. Dies steht jedoch dem Erfordernis eines Antrags auf Gewährung von zeitlichem Ausgleich für die Zukunft nicht entgegen. Ohne einen derartigen Antrag muss der Dienstherr nicht davon ausgehen, jeder Beamte werde die Überschreitung der zulässigen Arbeitszeit beanstanden, zumal ihn zunächst die Pflicht trifft, die von ihm verlangte Zuvielarbeit zu leisten. Der Antrag ist vielmehr erforderlich, eine Prüfung mit dem Ziel herbeizuführen, die Belange des Beamten zu berücksichtigen, und die Dienstpläne entsprechend anzupassen. Eine übermäßige Erschwerung der Durchsetzung von Unionsrecht liegt darin ebenso wenig wie beispielsweise in der normativen Festsetzung angemessener Ausschluss- und Verjährungsfristen (vgl. zu § 15 Abs. 4 AGG EuGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - Rs. C-246/09, Bulicke - NZA 2010, 869).

- 19 Der Senat schließt sich diesen Ausführungen an. Eine Anrechnung von Pausenzeiten kommt damit nur für die Einsatztage nach der mit Schreiben vom 28. Juli 2013 erfolgten Rüge in Betracht.
- 20 Mit dem genannten Antrag ist der Kläger seiner Rügeobliegenheit nachgekommen. Auch insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts (UA S. 11) verwiesen, § 130b Satz 2 VwGO. Die gegenteilige Auffassung der Beklagten überspannt die rechtlichen Anforderungen an die Rügepflicht (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 29. September 2011 - 2 C 32.10 -, a. a. O. Rn. 19 m. w. N.). Hiernach unterliegt die vom Beamten abzugebende Erklärung nur geringen inhaltlichen Anforderungen. Die Erklärung soll dem Dienstherrn ermöglichen, das beanstandete Verhalten zu überprüfen und sich auf mögliche finanzielle Mehrbelastungen einzustellen. Dazu genügt, dass der Beamte schriftlich zum Ausdruck bringt, aus welchem Grund er sich gegen die beanstandete Praxis des Dienstherrn wendet. Diese Voraussetzungen erfüllt der Antrag vom 28. Juli 2013: Der Kläger benennt, welches konkrete Verhalten des Dienstherrn beanstandet wird und führt für die Vergangenheit einzelne Pausenzeiten unter Angabe des jeweiligen Einsatzes an. Hieraus ließ sich für die Beklagte

hinreichend deutlich entnehmen, in welcher Hinsicht die Ausgestaltung bzw. Anrechnung der Pausen gerügt wird.

- 21 3. Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Anrechnung von Pausen im Zeitraum ab August 2013 (abzüglich der vom Verwaltungsgericht zugesprochenen Tage noch 11 Tage) ist § 5 Abs. 1 AZV in der bis 31. Dezember 2013 geltenden Fassung, wonach Ruhepausen außer bei Wechselschichtdienst - den der Kläger unstreitig nicht leistet - nicht auf die Arbeitszeit angerechnet werden. Eine Ausnahme hiervon kann gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 AZV dann zugelassen werden, wenn zwingende dienstliche Gründe es erfordern und angeordnet wird, dass sich die Beamten in den Pausen zur Dienstleistung bereithalten.
- 22 a) Die Zulassung einer Ausnahme durch die Beklagte erfolgte im streitgegenständlichen Zeitraum unstreitig nicht. Sie kann insbesondere nicht darin gesehen werden, dass die Beklagte mit Erlass des Bundesinnenministeriums vom 18. Dezember 2013 für die Zukunft eine Ausnahme für mobile Kontroll- und Überwachungseinheiten zugelassen hat. Denn hieraus lassen sich keine Schlüsse für die rechtliche Einordnung von vor diesem Zeitpunkt liegenden Pausen ziehen. Damit liegt kein Anwendungsfall von § 5 Abs. 4 AZV vor.
- 23 b) Im Rahmen von § 5 Abs. 1 AZV ist zu prüfen, ob die geltend gemachten Zeiten Ruhepausen i. S. dieser Bestimmung waren und damit von der Beklagten zu Recht nicht als Arbeitszeit berücksichtigt wurden. Gemäß § 2 Nr. 3 AZV (ebenfalls in der bis 31. Dezember 2013 geltenden Fassung) ist die Ruhepause der Zeitraum, in dem Beamtinnen und Beamte keinen Dienst leisten und sich auch nicht dafür bereithalten müssen. Die Begriffsbestimmung beruht auf der Richtlinie 2003/88/EG betreffend die Arbeitszeitgestaltung. Dieser liegt grundsätzlich das Verständnis zugrunde, dass zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit ein Verhältnis der Ausschließlichkeit besteht: Nach Artikel 2 Nr. 1 ist Arbeitszeit jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Nach Artikel 2 Nr. 2 ist Ruhezeit jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit. Die Richtlinie unterscheidet in Kapitel 2 (Mindestruhezeiten - Sonstige Aspekte der Arbeitszeitgestaltung) weiter zwischen täglicher Ruhezeit, Ruhepause und

wöchentlicher Ruhezeit (neben wöchentlicher Höchstarbeitszeit und Jahresurlaub). Zur Ruhepause bestimmt Artikel 4: Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem Arbeitnehmer bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sechs Stunden eine Ruhepause gewährt wird; die Einzelheiten, insbesondere Dauer und Voraussetzung für die Gewährung dieser Ruhepause, werden in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern oder in Ermangelung solcher Übereinkünfte in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegt.

- 24 Das Bundesverwaltungsgericht definiert in seinem Urteil vom 6. März 1975 - II C 35.72 -, juris Rn. 31 die Ruhepause wie folgt:

Auszugehen ist davon, daß nur die auf "Ruhepausen" entfallende Zeit als auszugleichende Minderarbeit gewertet werden darf. Der Begriff der "Ruhepause" ist weder im Bundesbeamtengesetz noch in der Arbeitszeitverordnung definiert. Nach dem natürlichen Sprachgebrauch ist darunter eine im voraus festliegende Unterbrechung der Arbeitszeit zu verstehen, in der der Arbeitnehmer (Beamte) weder Arbeit zu leisten noch sich dafür bereitzuhalten braucht, sondern freie Verfügung darüber hat, wo und wie er diese Zeit verbringen will (vgl. Bundesarbeitsgericht in BAG 18, 223 ff. mit Hinweis -- a.a.O. S. 248 -- auf RAG, ArbRS 3, 168 (170); 4, 108 (110); 12, 294 (297)). Damit stimmt die Definition der Pausen in § 4 der "Dienstauervorschriften für das Betriebs- und Verkehrspersonal der Deutschen Bundesbahn" in der hier maßgeblichen Fassung vom 13. November 1953 überein. Der Begriff der Ruhepause ist nicht auf diejenigen Arbeitszeitunterbrechungen beschränkt, die von vornherein allein aus arbeitsschutzrechtlichen Gründen angesetzt sind, um den Bediensteten die Möglichkeit der Entspannung zu geben, nur muß die Pause zum Ausruhen geeignet sein (so zutreffend BAG a.a.O.). Dabei genügt es -- Sondervorschriften für Frauen und für Jugendliche können hier außer Betracht bleiben --, wenn für den Arbeitnehmer (Beamten) spätestens zu Beginn der Pause feststeht, wie lange diese dauert, damit er sich auf die Erholung einstellen kann (Denecke-Neumann, Arbeitszeitordnung, 8. Aufl. 1973, § 2 Anm. 10). Ferner darf es sich nicht um bloße Kurzpausen (betriebliche Wartezeiten) handeln, die auch nach dem Arbeitszeitrecht für Angestellte und Arbeiter weder arbeitsschutzrechtlich noch lohnrechtlich als echte Ruhepausen anerkannt, sondern grundsätzlich mit zur Arbeit gerechnet werden (Meisel-Hiersemann, Arbeitszeitordnung-Kommentar 1970, § 12 Anm. 54 und 68).

- 25 Der erkennende Senat hat mit Urteil vom 22. Juni 2020 (2 A 878/18 -, juris Rn. 27 ff., Revision beim Bundesverwaltungsgericht anhängig) zur Ruhezeit ausgeführt:

Im Umkehrschluss zur Arbeitszeit ist Ruhezeit dadurch geprägt, dass der Arbeitnehmer frei über seinen Aufenthaltsort bestimmen und sich seinen persönlichen und sozialen Interessen widmen kann. Ruhezeit liegt daher auch dann (noch) vor, wenn der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber zwar ständig erreichbar, sich jedoch nicht am Arbeitsplatz oder an einem anderen vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten

muss (Rufbereitschaft). Auch wenn ein jederzeit erreichbarer Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung steht, kann er doch freier seinen Aufenthaltsort bestimmen und über seine Zeit verfügen als während der Arbeitszeit. Arbeitszeit ist in dieser Situation nur die Zeit, in der tatsächlich berufliche Leistungen erbracht werden (vgl. EuGH, Urteile vom 3. Oktober 2000 - C-303/98 (SIMAP) -, juris, Rn. 47, 48 und 52 zur Arbeitszeit und zum Bereitschaftsdienst sowie Rn. 50 und 52 zur Rufbereitschaft; vom 9. September 2003 - C-151/02 (Jaeger) -, juris, Rn. 48 zu Arbeitszeit und Ruhezeit, Rn. 51 f. zur Rufbereitschaft und Rn. 63 zur Einordnung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit; vom 1. Dezember 2005 - C-14/04 (Dellas) -, juris, Rn. 46 m. w. N. zum Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit in vollem Umfang; vom 10. September 2015 - C-266/14 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras) -, juris, Rn. 37 zur Ruhezeit und vom 21. Februar 2018 - C-518/15 (Matzak) -, juris, Rn. 53 ff. zusammenfassend und insbesondere Rn. 55 ff. zur Abgrenzung von Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst; zitiert nach OVG NRW, Urt. v. 13. Februar 2020 - 1 A 1671/18 - a. a. O.).

In Umsetzung dieser unionsrechtlichen Vorgaben hat der Gesetzgeber in der Arbeitszeitverordnung Rufbereitschaft nach § 2 Nr. 11 AZV als die Pflicht definiert, sich außerhalb des Arbeitsplatzes bereitzuhalten, um bei Bedarf sofort zu Dienstleistungen abgerufen werden zu können. Bereitschaftsdienst ist nach § 2 Nr. 12 AZV die Pflicht, sich, ohne ständig zur Dienstleistung verpflichtet zu sein, an einer vom Dienstherrn bestimmten Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfall den Dienst aufzunehmen, wenn dabei Zeiten ohne Arbeitsleistung überwiegen.

Entscheidendes Kriterium der Abgrenzung von Arbeitszeit und Ruhezeit ist danach, inwieweit der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort und - damit untrennbar verbunden - die Gestaltung seiner Zeit selbst bestimmen kann. Je weniger autonom der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort bestimmen und seine Zeit gestalten kann, desto eher ist die Zeit in dem Spektrum von Ruhezeit mit Rufbereitschaft und Arbeitszeit mit Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit anzusehen. Ist der Arbeitnehmer (noch) frei, seinen Aufenthaltsort selbst zu bestimmen und seine Zeit zu gestalten, so liegt Ruhezeit vor. Bestimmt der Arbeitgeber, wo der Arbeitnehmer sich aufzuhalten hat und schränkt damit auch den Spielraum ein, wie dieser seine Zeit nutzen kann, so handelt es sich um Arbeitszeit.

Dem trägt auch die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Abgrenzung von Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst und damit von Ruhezeit und Arbeitszeit Rechnung. Danach liegt Arbeitszeit in Form des Bereitschaftsdienstes vor, wenn der Bedienstete verpflichtet ist, sich an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort außerhalb des Privatbereichs zu einem jederzeitigen unverzüglichen Einsatz bereitzuhalten, und erfahrungsgemäß mit einer dienstlichen Inanspruchnahme zu rechnen ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 17. November 2016 - a. a. O. Rn. 15 m. w. N.). Auch danach ist für die Einordnung als Arbeitszeit entscheidend, inwieweit der Bedienstete in seiner Autonomie eingeschränkt ist, weil der Dienstherr seinen Aufenthaltsort bestimmt. Hat der Bedienstete sich an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort bereitzuhalten und mit einem jederzeitigen unverzüglichen Einsatz zu rechnen, prägt gerade das Bereithalten diese Zeit und kann er diese nicht mehr autonom gestalten.

- 26 Ausgehend von diesen Erwägungen teilt der Senat nicht die Auffassung des Klägers, die Ruhepause müsse bereits bei Arbeitsbeginn feststehen. Ausreichend ist vielmehr, wenn bei Pausenbeginn feststeht, wie lange die Pause dauern wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 6. März 1975 - a. a. O. Rn. 31). Ebenfalls abzulehnen ist die Auffassung des Klägers, eine Ruhepause müsse denselben Freizeitwert haben wie eine längere Ruhezeit, dem Beamten müsse in ungeschmälertem Umfang Freizeit zur Verwendung nach seinen persönlichen Bedürfnissen und Interessen zur Verfügung stehen. Die zur Begründung herangezogene Entscheidung (BVerwG, Urt. v. 17. November 2016 - 2 C 3.16 -, juris) bezieht sich auf die Gewährung von Freizeitausgleich nach besonderer dienstlicher Beanspruchung und nicht auf die Gestaltung von Pausen. Diese finden bereits aufgrund ihrer zeitlich begrenzten Dauer regelmäßig im beruflichen Kontext und häufig auch in der räumlichen Sphäre des Dienstherrn statt, was naturgemäß zu gewissen Einschränkungen der Pausengestaltung führt.
- 27 Nicht zu folgen ist andererseits der Auffassung der Beklagten, gewisse unvermeidbare, der jeweiligen Dienstausübung geschuldete Einschränkungen bei der Pausengestaltung seien durch die Polizeizulage abgedeckt. Die sogenannte Polizeizulage nach Nr. 9 Abs. 1 Satz 1 der Vorbemerkungen zu den Besoldungsordnungen A und B (Anl. I zum BBesG) wird für die Besonderheiten des Polizeivollzugsdienstes gewährt, die durch das amtsangemessene Grundgehalt nicht erfasst werden. Zu den Besonderheiten zählen die besonderen physischen und psychischen Anforderungen des vollzugspolizeilichen Dienstes wie die Notwendigkeit, sich Gefahren für Leib und Leben auszusetzen oder in extremen Belastungssituationen in kürzester Zeit einschneidende Maßnahmen treffen zu müssen, sowie die damit einhergehenden, in Nr. 9 Abs. 3 der Vorbemerkungen genannten Erschwernisse wie der mit dem Posten- und Streifendienst sowie dem Nachtdienst verbundene Aufwand und der Aufwand für Verzehr (vgl. BVerwG, Urt. v. 26. Juni 2014 - 5 C 31.13 -, juris Rn. 14). Der Anspruch auf Polizeizulage stellt indes kein geeignetes Kriterium für die Abgrenzung von Arbeitszeit und Ruhepause dar. Dies ergibt sich schon daraus, dass bei im Wechselschichtdienst tätigen Polizeibeamten - die wie der Kläger die Polizeizulage erhalten - nach § 5 Abs. 1 AZV in der bis 31. Dezember 2013 geltenden Fassung die Ruhepausen auf die Arbeitszeit anzurechnen waren.

28

Die Einordnung der streitgegenständlichen Pausen als Arbeitszeit einerseits oder Ruhezeit andererseits hängt nach den eingangs zitierten Entscheidungen vielmehr maßgeblich davon ab, welche Gestaltungsmöglichkeiten dem Beamten in der jeweiligen Situation zur Verfügung stehen. Hierbei verbietet sich jede pauschale Bewertung; abzustellen ist auf den konkreten Einzelfall. Zur Abgrenzung zwischen Arbeitszeit einerseits und Ruhezeit andererseits orientiert sich der Senat an einer gedachten Skala zwischen vollständiger Vorgabe der Örtlichkeit und Gestaltung der Pause durch den Dienstherrn einerseits und vollständig freier Verfügung über Örtlichkeit und Gestaltung der Pause durch den Beamten andererseits. In die Beurteilung fließt das Zusammenspiel der im Einzelfall festgestellten Umstände ein, die die konkrete Pause maßgeblich geprägt haben. Hierzu zählen neben der Örtlichkeit etwa das Tragen von besonderer Schutzbekleidung, das Mitführen von Dienstfahrzeug, Dienstwaffe oder besonderer Ausrüstung/ Einsatzmittel, die Wahrscheinlichkeit einer Heranziehung zur Arbeit während der Pause sowie weitere Besonderheiten des konkreten Einsatzgeschehens. Anhand einer abschließenden Gesamtwürdigung ist zu entscheiden, ob die jeweilige Pause eher den Charakter von Arbeitszeit oder von Ruhezeit hat.

29

c) Ausgehend von den Angaben der Beteiligten zu den im Berufungsverfahren noch geltend gemachten Pausenzeiten nach dem 28. Juli 2013 gelangt der Senat zu der Einschätzung, dass lediglich die am 20. August, 22. Oktober und 28. November 2013 gewährten Pausen von insgesamt 105 Minuten (noch) als Ruhepausen anzusehen sind, hingegen bei den übrigen Pausenzeiten am 6., 8. und 9. August, 17. und 18. August, 29. August, 13. Oktober und 23. November 2013 (insgesamt 315 Minuten) der Charakter von Arbeitszeit überwiegt. Sämtliche Pausen waren dadurch gekennzeichnet, dass der Kläger Einsatzkleidung, teilweise besondere Schutzbekleidung/ Helm, trug und Dienstwaffe bzw. Dienstfahrzeug mitführte und seine ständige Erreichbarkeit sicherstellen musste, was die freie Gestaltung der Pause einschränkt. Ausschlaggebend erscheint dem Senat, dass die eingangs genannten drei Pausen jeweils im Rahmen von singulären Maßnahmen stattfanden, nämlich in zwei Fällen Durchsuchungsmaßnahmen und in einem Fall die Vollstreckung eines Haftbefehls, die ihrer Natur nach zeitlich begrenzt sind. Dies lässt die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme während der Pause (die nicht während der unmittelbaren Durchführung der Maßnahme stattfinden dürfte) als eher gering

erscheinen. Dagegen fanden die übrigen acht Pausen anlässlich eines auf Dauer angelegten Einsatzgeschehen statt, nämlich bei Grenz-/ bzw. Zugstreifen, bei einer Demonstration, einem Festival und verschiedenen Fußballspielen. In diesen Situationen dauert der Einsatzanlass über einen Großteil der Arbeitszeit an und erfordert permanente Bereitschaft der beteiligten Beamten, gegebenenfalls ihre Pause zu unterbrechen und ihre Arbeit wieder aufzunehmen, was eher dem Charakter von Bereitschaftsdienst entspricht und damit zur Einordnung als Arbeitszeit führt.

- 30 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, 2, § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Sie orientiert sich an den vom Kläger in der jeweiligen Instanz beantragten (1020 bzw. 825 Minuten) und zuzusprechenden Pausenzeiten (510 bzw. 315 Minuten).
- 31 Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Gründe nach § 132 VwGO nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24. November 2017 (BGBl. I S. 3803) in der jeweils geltenden Fassung einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung und der Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung einzureichen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden. In Streitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis und Disziplinarrecht kann auch die Abweichung des Urteils von einer Entscheidung eines anderen Obergerichts vorgetragen werden, wenn es auf diese Abweichung

beruht, solange eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen.

In Angelegenheiten, die ein gegenwärtiges oder früheres Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis oder die Entstehung eines solchen Verhältnisses betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder vertretungsbefugt. Vertretungsbefugt sind auch juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Diese Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:

Grünberg

Henke

Quirnbach

Beschluss

Der Streitwert wird auf bis 500,00 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 1 GKG.
- 2 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Grünberg

Henke

Quirnbach