

Abschrift



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 LB 147/19

VG: 6 K 3201/16

Verkündet am 20.11.2019

gez. Gerhard

Justizfachangestellte als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

– Kläger und Berufungskläger –

Prozessbevollmächtigte:

gegen

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch Performa Nord,
Eigenbetrieb des Landes Bremen,
Schillerstraße 1, 28195 Bremen

– Beklagte und Berufungsbeklagte –

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch Richter Dr. Maierhöfer, Richter Traub und Richterin Stybel sowie die ehrenamtliche Richterin Isensee und den ehrenamtlichen Richter Hartmann aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. November 2019 für Recht erkannt:

**Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts
der Freien Hansestadt Bremen vom 6.3.2018 wird zurückgewiesen.**

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten im Berufungsverfahren nur noch um das Bestehen eines unionsrechtlichen Mindesturlaubsanspruchs aus Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG für das Jahr 2014.

Der Kläger ist Verwaltungsoberinspektor im Dienst der Beklagten. Er war bis Mai 2010 am beschäftigt. Seit dem 5.5.2010 war er bis zur Vorlage des Ergebnisses einer amtsärztlichen Untersuchung vom Dienst freigestellt. Die Freistellung wurde von der Beklagten auf ihre Fürsorgepflicht gestützt. Es sollte geklärt werden, ob der dem Kläger zugewiesene Arbeitsplatz seiner Gesundheit abträglich ist. Gegen die von der Amtsärztein für notwendig gehaltene neuropsychologische Zusatzbegutachtung erwirkte der Kläger beim Verwaltungsgericht Bremen eine einstweilige Anordnung, die vom Oberverwaltungsgericht bestätigt wurde (VG Bremen, Beschl. v. 21.10.2011 – 6 V 357/11 -; OVG Bremen, Beschl. v. 3.12.2012 – 2 B 265/11 -). Das Verwaltungsgericht Bremen hob die Freistellungsverfügung mit Urteil vom 27.1.2015 - 6 K 783/11 – auf und verurteilte die Beklagte, dem Kläger einen amtsangemessenen Dienstposten zuzuweisen.

Vom 2.9.2015 bis zum 31.1.2017 war der Kläger an das Schulzentrum abgeordnet. Am 11.9.2015 bat er die Beklagte um Mitteilung, wieviel Urlaub ihm noch zustehe. Mit Schreiben vom 3.12.2015 teilte ihm die Beklagte unter anderem mit, dass sein Urlaub aus 2014 zum 30.9.2015 verfallen sei. Am 22.12.2015 beantragte der Kläger für den Zeitraum 5.2.2016 bis 17.3.2016 Erholungsurlaub aus dem Jahr 2014. Diesen Urlaubsantrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 26.1.2016 ab. Ein weiterer Antrag auf Gewährung von Erholungsurlaub aus dem Jahr 2015 wurde mit Bescheid vom 9.2.2016 mit der Begründung abgelehnt, dass der Urlaubsanspruch durch die Schulferien abgegolten sei.

Nach Zurückweisung seiner Widersprüche hat der Kläger am 21.10.2016 Klage beim Verwaltungsgericht erhoben.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

1. die Bescheide der Beklagten vom 26.1.2016 und 9.2.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.9.2016 aufzuheben,

2. die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 10.061,13 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu verurteilen,
3. hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm 60 Tage Erholungsurlaub (je 30 Tage für 2014 und 2015) außerhalb der Schulferienzeiten zu gewähren.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 6.3.2018 abgewiesen. Für den Antrag auf Aufhebung der Ablehnungsbescheide fehle es an einem Rechtsschutzbedürfnis, denn das Urlaubsbegehren für in der Vergangenheit liegende Zeiträume habe sich durch Zeitablauf erledigt. Für das Schadensersatzbegehren bestehe keine Anspruchsgrundlage. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag sei unbegründet, da die Ansprüche auf Erholungsurlaub aus den Jahren 2014 und 2015 gem. § 9 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 BremUrlVO verfallen seien. Zudem sei die Beklagte nicht verpflichtet, dem Kläger Erholungsurlaub außerhalb der Schulferien zu gewähren. Dem stünden dienstliche Belange entgegen (§ 3 Satz 1 BremUrlVO).

Mit Beschluss vom 28.5.2019 hat der Senat auf Antrag des Klägers die Berufung insoweit zugelassen, als das Verwaltungsgericht den Hilfsantrag hinsichtlich des sich aus Artikel 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG ergebenden unionsrechtlichen Mindesturlaubsanspruchs von vier Wochen für das Jahr 2014 abgewiesen hat.

Zur Begründung seiner Berufung trägt der Kläger vor, das Urteil des Verwaltungsgerichts verletze europäisches Recht. Ihm stehe nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG ein Anspruch auf Mindesturlaub von vier Wochen zu. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) seien auch Beamte Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie. Der Urlaubsanspruch für das Jahr 2014 sei entstanden und der Urlaub weder abgegolten noch verfallen. Denn er sei rechtswidrig und ohne Anrechnung von Urlaubsansprüchen von der Diensterbringung freigestellt worden. Anders als z.B. in Fällen der „Kurzarbeit Null“ oder der Elternzeit, die nach der neueren EuGH-Rechtsprechung bei der Berechnung der Urlaubsdauer außer Betracht bleiben, sei die Freistellungszeit für ihn nicht planbar gewesen. Aufgrund seiner Pflicht, sich dienstbereit zu halten, habe er sich in dieser Zeit nicht erholen können. Ein Arbeitnehmer dürfe seine Ansprüche nicht automatisch deshalb verlieren, weil er keinen Urlaubsantrag gestellt hat. Nur wenn der Arbeitgeber nachweise, dass der Arbeitnehmer aus freien Stücken und in voller Kenntnis der Sachlage darauf verzichtet, seinen bezahlten Urlaub zu nehmen, nachdem er in die Lage versetzt worden war, seinen Urlaubsanspruch auch tatsächlich wahrzunehmen,

stehe das Unionsrecht dem Verlust des Erholungsurlaubsanspruchs nicht entgegen. Der Kläger sei durch die rechtswidrige Freistellung gehindert gewesen, seinen Urlaub in natura zu nehmen. Die vom EuGH in anderen Fallkonstellationen anerkannten Verfallsfristen seien allesamt nicht anwendbar, da es sich vorliegend nicht um ein beendetes Dienstverhältnis handele, sondern ein Wahrnehmen des Urlaubs weiterhin möglich sei. Eine klare und rechtzeitige Aufklärung über den Verfall und eine Aufforderung zur Inanspruchnahme des Urlaubs habe die Beklagte pflichtwidrig unterlassen.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 6.3.2018 festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den sich aus Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG ergebenden unionsrechtlichen Mindesturlaubsanspruch von vier Wochen für das Jahr 2014 außerhalb der Schulferienzeiten zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Nach ihrer Auffassung hat das Verwaltungsgericht die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die nach Zulassung durch den Senat statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, dem Kläger einen sich aus Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG (im Folgenden: Arbeitszeitrichtlinie) ergebenden unionsrechtlichen Mindesturlaubsanspruch von vier Wochen für das Jahr 2014 außerhalb der Schulferien zu gewähren.

1. Der Urlaubsanspruch des Klägers nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie beträgt für das Jahr 2014 „null Tage“, da der Kläger für das gesamte Urlaubsjahr 2014 von der Dienstleistungspflicht freigestellt war.

Nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

Der Kläger ist als Beamter „Arbeitnehmer“ im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie (vgl. EuGH, Urt. v. 3.5.2012 – C-337/10 -, Neidel ./, Stadt Frankfurt a.M., NVwZ 2012, 688 [689 – Rn. 26]).

Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub sind grundsätzlich anhand der Zeiträume der auf der Grundlage des Arbeitsvertrags tatsächlich geleisteten Arbeit zu berechnen (EuGH, Urt. v. 13.12.2018 – C-385/17 –, Hein, juris Rn. 26 f.; Urt. v. 4.10.2018, C-12/17 –, Dicu, juris Rn. 27 f.). Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten für Zeiten krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit sowie für Mutterschutzzeiten (vgl. EuGH, Urt. v. 4.10.2018, - C-12/17 -, Dicu, juris Rn. 29 f.). Bei der Anwendung dieser Rechtsprechung auf Beamte tritt der aufgrund der Dienstleistungspflicht (§ 34 Satz 1 BeamStG) tatsächlich geleistete Dienst an die Stelle der „auf der Grundlage des Arbeitsvertrags tatsächlich geleisteten Arbeit“. Denn Beamte sind nicht aufgrund eines Arbeitsvertrags beschäftigt, sondern stehen zu ihrem Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (§ 3 Abs. 1 BeamStG), das durch Hoheitsakt begründet und gesetzlich geordnet ist.

Der Kläger hat im gesamten Kalenderjahr 2014 tatsächlich keinen Dienst geleistet, da er aufgrund des Bescheides des vom 5.5.2010 und des Widerspruchsbescheides der vom 26.5.2011 von der Dienstleistungspflicht entbunden war. Er war im Jahr 2014 auch nicht krankheitsbedingt an der Dienstleistung gehindert. Die Freistellung war im Jahr 2010 aus Fürsorgegründen erfolgt, weil der Kläger Gesundheitsbeeinträchtigungen durch die Raumluftsituation an seinem damaligen Arbeitsplatz befürchtete, durchgeführte Messungen nach Auffassung des Dienstherrn aber keine relevante Belastung ergeben hatten und der Dienstherr vor einer Entscheidung über den weiteren Einsatz des Klägers das Ergebnis einer amtsärztlichen Untersuchung abwarten wollte. Der Kläger selbst hat im Berufungsverfahren ausdrücklich vorgetragen, dass er im Jahr 2014 dienstfähig war ().

Die Situation des Klägers unterscheidet sich grundlegend von derjenigen eines Beamten, der arbeitsunfähig erkrankt ist. Die wesentlichen Gesichtspunkte, anhand derer der EuGH bestimmt, ob eine Zeit ohne Dienstleistung ausnahmsweise bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs berücksichtigt wird, sind (1) die (Un)Vorhersehbarkeit der dienstfreien Zeit und (2) die Erholungsbedürftigkeit und Erholungsfähigkeit des Arbeitnehmers während der dienstfreien Zeit (vgl. EuGH, Urt. v. 4.10.2018, - C-12/17 -, Dicu, juris Rn. 32 f.; Urt. v. 8.11.2012 – C-229/11 und C-230/11 -, Heimann u. Toltschin, juris Rn. 29). Unter diesen Aspekten ist es nicht geboten, bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs des Klägers das Kalenderjahr 2014 zu berücksichtigen.

Der Kläger war für das gesamte Kalenderjahr 2014 bei fort dauernden Bezügen von der Dienstleistungspflicht freigestellt. Da er nicht arbeitsunfähig erkrankt war, konnte er diesen Zeitraum zur Erholung, Entspannung und Freizeit nutzen (so für Fälle der disziplinarrechtlichen vorläufigen Dienstenthebung bzw. einer später aufgehobenen Zurruhesetzung auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 13.2.2018 – 6 B 1147/17 -, juris Rn. 19; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 3.4.2017 – 6 A 1084/15 -, juris Rn. 10; OVG Hamburg, Beschl. v. 31.7.2013 – 1 Bs 187/13 -, juris Rn. 6).

Anders als der Kläger meint, steht dem nicht entgegen, dass das Ende der Freistellung für ihn nicht vorhersehbar gewesen wäre und er sich daher in ständiger Dienstbereitschaft halten musste. Die vom Verwaltungsgericht Bremen für Fälle der disziplinarrechtlichen vorläufigen Dienstenthebung vertretene Auffassung, die Verpflichtung des Beamten zur ständigen Dienstbereitschaft stehe dem Erholungszweck entgegen (so VG Bremen, Beschl. v. 19.8.2016 – 6 V 2267/16 -, juris Rn. 27; a.A. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 13.2.2018 – 6 B 1147/17 -, juris Rn. 20 f.; BayVGH, Beschl. v. 18.11.2015 – 6 ZB 15.1856 -, juris Rn 8), kann nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Die Beklagte hatte die Freistellung des Klägers ausdrücklich „bis zur Vorlage des Ergebnisses der amtsärztlichen Untersuchung“ angeordnet. Einen Widerrufsvorbehalt enthielt die Freistellungsverfügung vom 5.5.2010 nicht. Da der Kläger die Durchführung der von der Amtsärztin für notwendig gehaltenen neuropsychologische Zusatzbegutachtung durch das Erwirken einer einstweiligen Anordnung beim Verwaltungsgericht verhindert hatte, war nicht damit zu rechnen, dass die Freistellung in absehbarer Zeit durch das Vorliegen eines Ergebnisses der amtsärztlichen Untersuchung enden würde. Eine Beendigung der Freistellung konnte daher nur dadurch erfolgen, dass die Freistellungsverfügung entweder von der Beklagten durch Verwaltungsakt oder durch das Verwaltungsgericht im Rahmen des damals anhängigen Klageverfahrens aufgehoben wird. Eine Aufhebung durch die Beklagte hätte eine vorherige Anhörung des Klägers vorausgesetzt (§ 28 Abs. 1 BremVwVfG). Solange eine solche Anhörung nicht eingeleitet war, musste der Kläger nicht befürchten, kurzfristig wieder zum Dienst herangezogen zu werden. Vielmehr hat die Beklagte mit dem Kläger im Verlauf des Jahres 2014 Gespräche geführt, in denen die Möglichkeiten für eine einvernehmliche Lösung des Problems, z.B. durch eine Versetzung in die Behörde, erörtert wurden. Eine Anhörung des Klägers zur Beendigung der Freistellung durch eine Versetzung in die Behörde gegen seinen Willen leitete die Beklagte jedoch erst mit Schreiben vom 14. Januar 2015 ein. Auch mit einer Aufhebung der Freistellungsverfügung durch das Verwaltungsgericht im Klageverfahren musste der Kläger 2014 nicht kurzfristig rechnen. Ein Vergleichsvorschlag des Gerichts war im Dezember 2013 an der fehlenden Zustimmung des Klägers gescheitert. Erst am 24. November 2014 lud das Gericht die Beteiligten für den 27. Januar 2015 zu einer mündlichen Verhandlung, die Voraussetzung für eine streitige Entscheidung durch Urteil war (vgl. § 101 Abs. 1 VwGO). Soweit der Kläger vorträgt, er habe für das Jahr 2014 keine langfristige Planungssicherheit, z.B. im Hinblick auf mehrere Monate im Voraus zu buchende Urlaubsreisen gehabt, ist ihm entgegen zu halten, dass er sich seinerzeit nicht mit einem entsprechenden Begehr an die Beklagte gewandt hat. Zwar hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung zutreffend darauf hingewiesen, dass der Urlaubsanspruch nach Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie im Grundsatz nicht von einem Antrag des Arbeitnehmers abhängt (vgl. EuGH, Urt. v. 6.11.2018, C-684/16 -, Shimizu, Rn. 39 ff).

Wenn der Arbeitnehmer aber mehrere Monate im Voraus die Sicherheit haben möchte, dass er zu einem ganz bestimmten Zeitraum Urlaub haben wird, zum Beispiel um eine Reise frühzeitig buchen zu können, muss er mit diesem Anliegen selbstverständlich frühzeitig an seinen Arbeitgeber herantreten. Ebenso hätte der Kläger damals mit dem Anliegen an die Beklagte herantreten können, dass diese ihm frühzeitig zusichert, die Freistellung während eines bestimmten Zeitraums des Jahres 2014 nicht aufzuheben, damit er z.B. eine Reise im Voraus buchen kann.

2. Der Kläger kann auch nicht aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs Urlaub als Ersatz dafür verlangen, dass sein Urlaubsanspruch für das Jahr 2014 infolge der rechtswidrigen Freistellung „null Tage“ beträgt. Wird jemand durch Handeln der Verwaltung in seinen Rechten verletzt, kann er verlangen, dass diese die andauernden unmittelbaren Folgen ihres rechtswidrigen Vorgehens rückgängig macht (vgl. BVerwG, Urt. v. 29.7.2015 – 6 C 35/14 –, juris Rn. 8). Dass infolge der rechtswidrigen Freistellung sein unionsrechtlicher Mindesturlaubsanspruch „null Tage“ beträgt, hat das Recht des Klägers auf einen mindestens vierwöchigen Zeitraum der Erholung, der Entspannung und der Freizeit zum Schutz seiner Sicherheit und Gesundheit (vgl. zu diesen Zwecken des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie EuGH, Urt. v. 13.12.2018, - C-385/17 -, Hein, juris Rn. 27) indes nicht andauernd beeinträchtigt. Ein Urlaubsanspruch in der nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie vorgesehenen Höhe hätte den Kläger berechtigt, von der Beklagten zu verlangen, dass sie ihn im Jahr 2014 für vier Wochen bei fortdauernden Bezügen von seiner Dienstleistungspflicht freistellt (vgl. zum Begriff des Urlaubs als „Freistellung von der Dienstleistungspflicht“ BVerwG, Urt. v. 21.3.1996 – 2 C 8/95 -, juris Rn. 14). Tatsächlich war er aber das gesamte Jahr 2014 bei vollen Bezügen vom Dienst freigestellt. Anders als der Kläger meint, stellt dieses Ergebnis einen Dienstherrn, der sich rechtswidrig verhält, nicht besser als einen Dienstherrn, der sich rechtmäßig verhält. Denn bei rechtmäßigem Verhalten hätte die Beklagte den Kläger nur während der Dauer des Erholungsurlaubs ohne Gegenleistung besolden müssen, während sie ihn infolge der (rechtswidrigen) Freistellung für das gesamte Kalenderjahr 2014 ohne Gegenleistung besoldet hat.

3. Unerheblich ist der Hinweis des Klägers auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der eine Freistellung nur dann das Erlöschen des Urlaubsanspruchs bewirkt, wenn die Freistellungserklärung hinreichend deutlich erkennen lässt, dass die Befreiung von der Arbeitspflicht zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs gewährt wird (vgl. BAG, Urt. v. 10.2.2015 – 9 AZR 455/13 -, juris Rn. 19; Urt. v. 20.1.2009 – 9 AZR 650/07 -, juris Rn. 24). Denn vorliegend geht es nicht darum, ob ein Urlaubsanspruch bzw. ein entsprechender Folgenbeseitigungsanspruch erfüllt wurde.

Solche Ansprüche sind vielmehr – wie oben unter Ziff. 1 und 2. dargelegt - schon gar nicht bzw. nur in Höhe von „null Tagen“ entstanden.

4. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen kommt es nicht darauf an, unter welchen Bedingungen ein Mindesturlaubsanspruch aus Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie verfällt.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 11, 709 Satz 2, 711 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO, § 127 BRRG nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198,
28195 Bremen, (Tag-/Nachtbriefkasten Justizzentrum Am Wall im
Eingangsbereich)

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 einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungzwang; 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 Mitgliedsstaates 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. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

gez. Dr. Maierhöfer

gez. Traub

gez. Stybel