

Titel:

Arbeitszeitkonto im Schichtdienst bei der Feuerwehr

Normenkette:

BayArbZV § 4 Abs. 2, § 5 Abs. 2, § 6, § 9 Abs. 1 S. 1, S. 2, Abs. 3 S. 2

Arbeitszeit-RL Art. 22 Abs. 1, Art. 6 lit. b

UrlMV § 17

Leitsätze:

1. Gegen Arbeitszeitkonten im Zusammenhang mit Wechselschichtdienst bestehen keine rechtlichen Bedenken, sofern sichergestellt ist, dass Schichtdienstregelungen nicht zu Mehrarbeit der betroffenen Beamten führen, sondern nur zu einer zeitlichen Umschichtung der zulässigen Arbeitszeit. (Rn. 57) (redaktioneller Leitsatz)
2. Im Rahmen von Schichtdienstregelungen ist es auch zulässig, Minderarbeit durch Mehrarbeit auszugleichen und einen unvorhergesehenen Arbeitsausfall mit geleisteter Mehrarbeit zu saldieren mit der Folge, dass sich die durch Freizeit auszugleichende Mehrarbeit entsprechend reduziert. (Rn. 57) (redaktioneller Leitsatz)
3. Dass ein Arbeitszeitkonto im Schichtbetrieb erst über einen längeren Zeitraum hinweg ausgeglichen werden kann, ist nicht zu beanstanden. (Rn. 57) (redaktioneller Leitsatz)
4. Für einen im Einsatzdienst der Feuerwehr verwendeten Beamten, der regelmäßig 24-Stunden-Schichten zu leisten hat, bestehen keine allgemein, dh von vornherein, dienstfreien Tage. (Rn. 64) (redaktioneller Leitsatz)
5. Ist in einer Opt-Out-Erklärung ein Bezugszeitraum für die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit nicht festgelegt, so stellt dies keinen qualifizierten Unionsrechtsverstoß dar, der einen unionsrechtlichen Haftungsanspruch auslösen könnte. (Rn. 86) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Feuerwehrbeamter im Einsatzdienst, regelmäßige 24-Stunden-Schichten, „Opt-Out“-Erklärung (durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit 50 Stunden), Arbeitszeitkonto, Umgang mit dienstfreien, Feier- und Urlaubstagen sowie Erkrankungen, Ausgleichs- und Entschädigungsansprüche wegen fehlenden bzw. unzulässigen Bezugszeitraums, zeitnahe Geltendmachung (verneint), Beamter, Feuerwehr, Einsatzdienst, Arbeitszeit, Opt-Out-Erklärung, Wechselschichtdienst, Feiertage, Urlaubstage, Krankheitstage, Ausgleichsanspruch, Entschädigungsanspruch, Unionsrecht, Bezugszeitraum, Geltendmachung

Tenor

- I. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Die Kosten des Verfahrens hat der Kläger zu tragen.
- III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1

Der Kläger, der als Brandinspektor im (feuerwehrtechnischen) Dienst der Beklagten steht und dort im Amt für Brand- und Katastrophenschutz als Feuerwehrbeamter im Einsatzdienst verwendet wird, macht Ausgleichs-, hilfsweise Entschädigungsansprüche in Bezug auf seine Arbeitszeit geltend.

2

Mit am 29. November 2007 unterschriebener „Opt-out-Erklärung“ erklärte sich der Kläger bereit, „gemäß § 4 Abs. 2 ArbZV (neu) ... durchschnittlich 50 Stunden Dienst einschließlich Bereitschaftsdienst“ unter anderem nach der Maßgabe zu leisten, dass die Diensterteilung auf der Grundlage einer durchschnittlichen

wöchentlichen Arbeitszeit von 50 Stunden unter Beibehaltung des bisherigen 4-schichtigen 24-Stunden-Dienst-Modells erfolgt.

3

Beginnend mit einem Schreiben des Klägerbevollmächtigten vom 9. Oktober 2018 entwickelte sich Schriftverkehr zwischen dem Kläger und der Beklagten betreffend die Arbeitszeit des Klägers und die Stundenschreibung auf dem für ihn geführten Arbeitszeitkonto.

4

Schließlich ließ der Kläger mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 25. März 2020 Widerspruch „gegen die Art und Weise, wie [...] die Dienstzeiten [des Klägers] erfasst“ werde, einlegen.

5

Im Abschnitt „Arbeitstage“ des Widerspruchs forderte der Kläger die Beklagte unter Berufung auf § 5 Abs. 2 BayAzV auf, es zu unterlassen, für den 24. und den 31. Dezember auch dann eine Soll-Arbeitszeit vom 10 Stunden zu schreiben, wenn diese Tage auf einen Wochentag (Montag bis Freitag) fielen, an dem der Kläger keinen Dienst zu verrichten habe. Die vom Kläger in den vergangenen Jahren belasteten Sollstunden bzw. Überstunden/Urlaubstage seien durch Gewährung entsprechender Zeitgutschriften bzw. Urlaubstage auszugleichen.

6

Im Abschnitt „Gesetzliche Feiertage“ (ähnlich im Abschnitt „Urlaub und gesetzliche Feiertage“) forderte der Kläger die Beklagte auf, es zu unterlassen, auch für Feiertage, die nicht auf ein Wochenende fielen und an denen der Kläger nicht zur Dienstleistung verpflichtet sei, eine Sollarbeitszeit von 10 Stunden zu schreiben; für diese Feiertage seien belastete Sollstunden bzw. die vom Kläger an diesen Tagen eingebrachten Überstunden/Urlaubstage durch Gewährung entsprechender Zeitgutschriften bzw. Urlaubstage auszugleichen. Der in § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV geregelte Freizeitausgleich erfasse nur an den gesetzlichen Feiertagen geleisteten Dienst, der auf einen Tag zwischen Montag und Freitag falle.

7

Im Abschnitt „Urlaub“ wurde die Beklagte aufgefordert, zukünftig sicherzustellen, dass der Kläger für eine Woche Urlaub auch nur fünf Urlaubstage aufwenden müsse und die vom Kläger in den vergangenen Jahren zusätzlich geforderten und auch eingebrachten Überstunden/Urlaubstage durch Gewährung entsprechender Zeitgutschriften bzw. Urlaubstage auszugleichen.

8

Im Abschnitt „Bezugszeitraum“ forderte der Kläger die Beklagte auf, die vom Kläger geleistete Mehrarbeit rückwirkend sowie zukünftig auf der Grundlage der vom Kläger innerhalb eines Siebentageszeitraums tatsächlich geleisteten Ist-Arbeitszeit festzusetzen und durch entsprechende Zeitgutschriften auszugleichen. Die Ausführungen der Beklagten, dass der Bezugszeitraum der für den Kläger festgesetzten durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 50 Stunden zwölf Monate betragen würde, wobei sich diese zwölf Monate nicht auf den Zeitraum eines Kalenderjahres bezögen, seien widersprüchlich und nicht nachvollziehbar. Zudem verstoße die Festlegung eines Bezugszeitraums von zwölf Monaten gegen die RL 2003/88/EG mit der Folge, dass Bezugszeitraum für die Bemessung der vom Kläger geleisteten durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit der Siebentageszeitraum sei.

9

Im Abschnitt „Arbeitszeiterfassung bei Dienstunfähigkeit während des Verbindlichkeitszeitraums des Dienstplans“ wurde die Beklagte aufgefordert, es zu unterlassen, dem Kläger für jeden Krankheitstag, der auf einen Wochentag falle und an dem er nach dem verbindlichen Dienstplan keinen Dienst zu leisten habe, eine Soll-Arbeitszeit von zehn Stunden zu schreiben. Die Praxis der Beklagten verstoße gegen das bei Erkrankungen geltende Neutralitätsgebot.

10

Mit Bescheid vom 17. Juni 2021 – dem Klägerbevollmächtigten zugestellt am 22. Juni 2021 – lehnte die Beklagte die mit dem Widerspruchsschreiben vom 25. März 2020 gestellten Anträge ab.

11

Der Kläger erhob am 22. Juli 2021 Klage zum Verwaltungsgericht Augsburg. Er beantragt (Schriftsätze vom 22.7.2021, vom 25.10.2021, vom 2.1.2024),

12

1. die Beklagte zu verpflichten, dem Arbeitszeitkonto des Klägers für den 24.12.2018, den 31.12.2018, den 24.12.2019 sowie den 31.12.2019 insgesamt 40 Arbeitsstunden gutzuschreiben,

13

hilfsweise, d.h. im Falle der Ablehnung des Hauptantrags zu 1.,

14

a) die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für den 24.12.2018, den 31.12.2018, den 24.12.2019 sowie den 31.12.2019 Freizeitausgleich im Umfang von 40 Stunden zu gewähren,

15

hilfsweise, d.h. im Falle der Ablehnung des Hauptantrags zu 1. und des ersten Hilfsantrags zu a),

16

b) die Beklagte zu verpflichten, den Kläger für die dem Arbeitszeitkonto des Klägers für den 24.12.2018, den 31.12.2018, den 24.12.2019 sowie den 31.12.2019 belasteten 40 Arbeitsstunden finanziell zu entschädigen;

17

2. die Beklagte zu verpflichten, dem Arbeitszeitkonto des Klägers für Feiertage, die im Zeitraum vom 1.1.2017 bis 30.6.2021 dienstfrei waren und nicht auf ein Wochenende fielen, insgesamt 447 Arbeitsstunden und 30 Minuten gutzuschreiben,

18

hilfsweise, d.h. im Falle der Ablehnung des Hauptantrags zu 2.,

19

a) die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für Feiertage, die im Zeitraum vom 1.1.2017 bis 30.6.2021 dienstfrei waren und nicht auf ein Wochenende fielen, Freizeitausgleich im Umfang von 447 Stunden und 30 Minuten zu gewähren,

20

hilfsweise, d.h. im Falle der Ablehnung des Hauptantrags zu 2. und des ersten Hilfsantrags zu a),

21

b) die Beklagte zu verpflichten, den Kläger für Feiertage, die im Zeitraum vom 1.1.2017 bis 30.6.2021 dienstfrei waren und nicht auf ein Wochenende fielen, belastete 447 Stunden und 30 Minuten finanziell zu entschädigen;

22

3. die Beklagte zu verpflichten, dem Arbeitszeitkonto des Klägers für den 26.4.2021 insgesamt 10 Arbeitsstunden gutzuschreiben,

23

hilfsweise, d.h. im Falle der Ablehnung des Hauptantrags zu 3.,

24

a) die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für den 26.4.2021 Freizeitausgleich im Umfang von 10 Stunden zu gewähren,

25

hilfsweise, d.h. im Falle der Ablehnung des Hauptantrags zu 3. und des ersten Hilfsantrags zu a),

26

b) die Beklagte zu verpflichten, den Kläger für die dem Arbeitszeitkonto des Klägers für den 26.4.2021 belasteten 10 Arbeitsstunden finanziell zu entschädigen;

27

4. die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für die in der Zeit vom 1.1.2017 bis zum 4.7.2021 über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden hinaus geleistete Arbeitszeit von insgesamt 1.028,25 Stunden vollen Freizeitausgleich zu gewähren,

28

hilfsweise, d.h. im Falle der Ablehnung des Hauptantrags zu 4.,

29

die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für die in der Zeit vom 1.1.2017 bis zum 4.7.2021 über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden hinaus geleistete Arbeitszeit von insgesamt 1.028,25 Stunden eine Entschädigung in Geld nach dem jeweils geltenden Stundensatz für die Mehrarbeitsvergütung in Höhe von 21.700,21 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen;

30

5. die Beklagte zu verpflichten, dem Arbeitszeitkonto des Klägers für in den Zeitraum vom 1.1.2017 bis 4.7.2021 fallende Krankheitszeiten insgesamt 190,00 Arbeitsstunden gutzuschreiben,

31

hilfsweise, d.h. im Falle der Ablehnung des Hauptantrags zu 5.,

32

a) die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für in den Zeitraum vom 1.1.2017 bis 4.7.2021 fallende Krankheitszeiten Freizeitausgleich im Umfang von insgesamt 190,00 Stunden zu gewähren,

33

hilfsweise, d.h. im Falle der Ablehnung des Hauptantrags zu 5. und des ersten Hilfsantrags zu a),

34

b) die Beklagte zu verpflichten, den Kläger für die dem Arbeitszeitkonto des Klägers für in den Zeitraum vom 1.1.2017 bis 4.7.2021 fallende Krankheitszeiten belasteten 190,00 Arbeitsstunden finanziell zu entschädigen;

35

6. den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 17.6.2021 aufzuheben, soweit er den vorherigen Verpflichtungen entgegensteht;

36

7. die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren für notwendig zu erklären.

37

Zur Begründung führt der Kläger im Wesentlichen aus (Schriftsätze vom 25.10.2021, vom 4.4.2022, vom 26.9.2022, vom 2.1.2024): Das Kernproblem der von der Beklagten vorgenommenen rechtswidrigen Erfassung der vom Kläger geleisteten Dienstzeiten liege im Auseinanderfallen der Sollarbeitszeit und der Ist-Arbeitszeit des Klägers. Für den Kläger werde sowohl täglich (Montag bis Freitag jeweils 10 Stunden, Samstag und Sonntag jeweils 0 Stunden) als auch wöchentlich (Montag bis Freitag insgesamt 50 Stunden) wie jährlich (2.605 Stunden im Jahr 2019) eine Sollarbeitszeit festgelegt, die in keinerlei Verbindung zur der Ist-Arbeitszeit und damit dem Arbeitszeitmodell stehe, in dem der Kläger eingesetzt werde. Der Ansatz einer Soll-Arbeitszeit von zehn Stunden Montag bis Freitag widerspreche auch der Dienstvereinbarung vom 13. Mai 2013, wonach die gesamte jährliche Sollarbeitszeit künftig dem einzelnen Mitarbeiter zugeordnet werde. Das Arbeitszeitmodell des Klägers bestehe aus drei Bestandteilen, nämlich den jeden vierten Tag zu leistenden 24-Stunden-Diensten, zehn Tagesdiensten von jeweils acht Stunden sowie eine nicht feststehende Zahl von Springerdiensten. Die Beklagte habe dem Kläger ein Arbeitszeitmodell verordnet, durch das nicht gewährleistet sei, dass der Kläger die vom Beklagten jährlich festgesetzte Sollarbeitszeit tatsächlich erbringen könne. Der Kläger sei auf die Einteilung zu den Springerdiensten angewiesen, wobei er, wenn er nicht herangezogen würde, lediglich eine Stunde gutgeschrieben bekomme. Variable Dienste wandelten sich nicht in solchem Maße in tatsächliche Dienste um, wie es erforderlich sei, um die kalenderjährlich vorgegebene Sollarbeitszeit zu erreichen. Damit sei der Kläger auf die Einteilung zu Zusatzdiensten angewiesen, anderenfalls baue er Minusstunden auf. Gem. § 16 Abs. 6 der Dienstvereinbarung vom 8. Januar 2013 könne der Kläger zu Diensten außerhalb des Jahresdienstplans verpflichtet werden. Das von der Beklagten vorgegebene Arbeitszeitmodell verstoße gegen die Fürsorgepflicht.

38

Die Begründetheit des Klageantrags 1. ergebe sich aus § 5 Abs. 2 BayAzV, wonach der 24. und der 31. Dezember allgemein dienstfrei seien. Zudem habe der Oberbürgermeister der Beklagten allen Mitarbeitern im Rundschreiben Nr. * aus dem Jahr 1999 für den 24. und den 31. Dezember dienstfrei zugesagt. Gleichwohl sei dem Kläger für den 24. Dezember 2018 eine Sollarbeitszeit von zehn Stunden geschrieben worden. Am 31. Dezember 2018, am 24. Dezember 2019 und am 31. Dezember 2019 sei von der Beklagten lediglich deshalb anders verfahren worden, weil der Kläger an diesen Tagen Urlaub eingebracht habe, um zu verhindern, dass sein Arbeitszeitkonto mit weiteren 30 Minusstunden belastet werde. Nur beim Kläger und einem Kollegen würden am 24. und am 31. Dezember, wenn diese auf einen Montag bis Freitag fielen, zehn Sollstunden geschrieben. Bei anderen Feuerwehrbeamten mit einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 49 Stunden und 44 Minuten erfolge dies nicht. Dies verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Hilfsanträge seien für den Fall gestellt, dass tatsächliche Gründe einer Zeitgutschrift von 40 Stunden entgegenstünden (dann Freizeitausgleich) bzw., dass dem Kläger ein Freizeitausgleich aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht in angemessener Zeit gewährt werden könne (dann finanzielle Entschädigung). Der Anspruch sei vom Kläger auch zeitnah geltend gemacht worden (Vorlage von Unterlagen, Anlagen K 13 bis K 16). Wenn sich die Beklagte auf eine fehlende zeitnahe Geltendmachung berufe, sei dies zudem rechtsmissbräuchlich.

39

Der Klageantrag 2. sei begründet, weil die Beklagte dem Kläger auch für Feiertage, die nicht auf ein Wochenende fielen und an denen der Kläger aufgrund seines verbindlichen Dienstplans nicht zur Dienstleistung verpflichtet sei, eine Sollarbeitszeit von zehn Stunden geschrieben habe, ohne dem eine Istarbeitszeit in gleichem Umfang gegenüberzustellen. Die Beklagte habe vorgerichtlich unter Bezugnahme auf § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV angeführt, zu Beginn jedes Kalenderjahres würde eine Pauschale von 72 Stunden auf dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben. § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV regle jedoch einen pauschalen Freizeitausgleich; die Norm erfasse daher diejenigen gesetzlichen Feiertage nicht, die auf einen Montag bis Freitag fielen und an denen der Kläger dienstfrei habe. Ein anderes Verständnis der Norm verstoße auch gegen die Fürsorgepflicht. Im Zeitraum 1. Januar 2017 bis 3. Juni 2021 seien 23 Feiertage auf einen Tag zwischen Montag und Freitag gefallen, an denen der Kläger dienstfrei gehabt habe. Hierfür sei zu Unrecht eine Sollarbeitszeit von insgesamt 267,50 Stunden angesetzt worden. Im gleichen Zeitraum habe der Kläger an 18 Feiertagen Urlaub eingebracht, um zu verhindern, dass sein Arbeitszeitkonto mit weiteren 180 Minusstunden belastet werde. Hieraus ergebe sich ein Anspruch auf Gutschrift von 447 Arbeitsstunden und 30 Minuten auf dem Arbeitszeitkonto. Für die Hilfsanträge und für die zeitnahe Geltendmachung gelte das gleiche wie für den Klageantrag 1.

40

Zum Klageantrag 3. gelte folgendes: Der Kläger habe den ihm zustehenden Erholungsurlaub von 30 Tagen pro Kalenderjahr an den Arbeitstagen Montag bis Freitag einzubringen. Der Kläger habe aber auch regelmäßig am Wochenende Dienst zu leisten. Im Falle der Urlaubseinbringung habe der Kläger nur an einem Wochenende (entweder zu Beginn oder am Ende seines Urlaubs) dienstfrei; eine Urlaubseinbringung am Wochenende sei nicht möglich. Dies habe für die Urlaubswoche Montag, 19. April 2021 bis Sonntag, 25. April 2021 zur Folge gehabt, dass der Kläger nicht nur von Montag bis Freitag, sondern zusätzlich am Montag, 26. April 2021 Urlaub einbringen habe müssen, da er ansonsten nach seinem Dienstplan am Sonntag, 25. April 2021 einen 24-Stunden-Dienst habe leisten müssen. Damit habe er einen Anspruch auf eine Zeitgutschrift von zehn Stunden für den 26. April 2021. Die Beklagte könne den Kläger auch nicht auf ein „Freitauschen“ verweisen, weil er sich damit einen zusätzlichen Urlaubstag durch Übernahme eines Zusatzdienstes erkaufen müsste. Hinsichtlich der Hilfsanträge gelte das gleiche wie bei den Klageanträgen 1. und 2. Der Anspruch sei auch zeitnah geltend gemacht worden (Anlagen K 10 und K 11).

41

Zum Klageantrag 4. sei auszuführen: Die vorgerichtlichen Ausführungen der Beklagten zum Bezugszeitraum hinsichtlich der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit seien widersprüchlich. Zunächst habe die Beklagte geltend gemacht, es bestehe ein Bezugszeitraum von zwölf Monaten, der sich aber nicht auf den Zeitraum eines Kalenderjahres beziehe; später habe sie ausgeführt, dass für die Frage, wann das Soll-Arbeitszeitkonto und das Ist-Arbeitszeitkonto deckungsgleich sein müssten, im Zweifel der Zeitraum bis zum Eintritt des Klägers in den Ruhestand maßgeblich sei. Daher sei davon auszugehen, dass die Beklagte überhaupt keinen Bezugszeitraum für die für den Kläger festgesetzte wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden festgelegt habe. Auch enthielten weder die Opt-Out-Erklärung des Klägers noch die

Dienstvereinbarung vom 6. März 2008 einen Bezugszeitraum. Überdies verstoße die Festlegung eines Bezugszeitraums von zwölf Monaten gegen die RL 2003/88/EG, insbesondere Art. 6 Buchst. b und Art. 16 Buchst. b. Bezugszeitraum für die vom Kläger durchschnittlich geleistete wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden sei daher der Siebentageszeitraum. Der Kläger habe im Zeitraum 1. Januar 2017 bis 4. Juli 2021 insgesamt 1.028,25 Stunden über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden hinaus Dienst geleistet. Ein Anspruch auf Freizeitausgleich in diesem Umfang bestehe nach dem unionsrechtlichen Haftungsanspruch und dem beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben i.V.m. den Regeln über den Ausgleich von Mehrarbeit. Hilfsweise sei Entschädigung zu leisten, wenn der primär auf Freizeitausgleich gerichtete Ausgleichsanspruch aus vom Kläger nicht zu vertretenden Gründen nicht in angemessener Zeit gewährt werden könne. Der Kläger habe die Ausgleichsansprüche auch mit Schreiben vom 25. März 2020 und vom 28. Oktober 2020 (Anlagen K 10 und K11) zeitnah geltend gemacht.

42

Der Klageantrag 5. beruhe auf der unzutreffenden arbeitszeitrechtlichen Behandlung von Krankheitszeiten des Klägers. Die Beklagte differenziere danach, zu welchem Zeitpunkt der Kläger erkrankte. Erkrankte der Kläger in einem Zeitraum, in dem noch kein verbindlicher Dienstplan bestehe, bekomme der Kläger für jeden Werktag eine tägliche Sollarbeitszeit von zehn Stunden geschrieben. Erkrankte er in einem Zeitraum, für den ein verbindlicher Dienstplan bestehe, bekomme er für jeden Krankheitstag die an diesem Tag nach dem Dienstplan zu leistende Istarbeitszeit gutgeschrieben; falle der Krankheitstag auf einen Wochentag, werde eine Soll-Arbeitszeit von zehn Stunden angesetzt. Dies sei u.a. angesichts dessen, dass der Kläger in einem Schichtbetrieb eingesetzt werde, systemwidrig. Die Beklagte habe dem Kläger für den Zeitraum 1. Januar 2017 bis 4. Juli 2021 insgesamt 190 Arbeitsstunden gutzuschreiben. Dies betreffe die Tage, an denen für den Kläger trotz Krankheit zehn Sollarbeitsstunden geschrieben worden seien (2017: drei Tage; 2018: zwei Tage; 2019: acht Tage; 2020: sechs Tage). Hinsichtlich der Hilfsanträge werde auf den Klageantrag 1. verwiesen. Der Anspruch sei auch zeitnah geltend gemacht worden (Verweis auf Schreiben Anlagen K10, K11, K15 – K 18).

43

Der Aufbau von Minusstunden, die der Kläger angesichts der Arbeitszeitschreibung der Beklagten nicht vermeiden könne, sei auch kein theoretisches Problem. Beim Kläger sei bis August 2022 ein Minus von über 120 Stunden entstanden. Auch zahlreiche andere Beamte aus dem Einsatzdienst hätten trotz Erfüllung der ihnen in den jeweiligen Monatsdienstplänen zugewiesenen Dienstzeiten Minusstunden aufgebaut. Die Vorgaben der Dienstvereinbarungen zu einem Ampelsystem würden nicht beachtet. Die Beamten würden für den Aufbau von Minusstunden kritisiert, die Übernahme eines Dienstes eines Kollegen werde nur noch bei sofortigem Rücktausch gestattet. Nach § 16 Abs. 4 der Dienstvereinbarung „Flexible Arbeitszeit II“ aus dem Jahre 2011 seien die Arbeitszeitkonten innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten unter Berücksichtigung von zwingenden dienstlichen Belangen wohlwollend im Sinne des Beschäftigten auszugleichen, mindestens aber in die Gelbphase zurückzuführen.

44

Die Beklagte beantragt,

45

die Klage abzuweisen.

46

Sie trägt im Wesentlichen vor (Schriftsätze vom 10.1.2022, vom 29.7.2022, vom 8.11.2022): Nach dem Grunddienstplan (Anlage 2 zur Dienstvereinbarung vom 25.2.2008) gelte für den Kläger nicht nur ein 4-Tages-Schema mit 24-Stunden-Diensten, sondern werde das 4-Tage-Schema des 24-Stunden-Dienstes zusätzlich überlagert von einem 12-Tage-Schema des variablen Dienstes, wobei dieses 12-Tage-Schema am zweiten Tag nach dem ersten 24-Stunden-Dienst beginne und sich alle zwölf Wochen wiederhole, weil dann alle Wochentage einmal mit einem variablen Dienst belegt gewesen seien. Grundlage des Dienstplans sei also, dass ein 24-Stunden-Dienst an jedem vierten Tag zu leisten sei und dass dazu noch jährlich aus den variablen Diensten an jedem zwölften Tag weitere (maximal) 31 Dienste entstehen könnten und zwar ein 24-Stunden-Dienst oder ein Verfügungs-Dienst, bei dem sich der Beamte in der Zeit von 7:00 Uhr bis 8:00 Uhr verfügbar halten müsse für den Abruf in den 24-Stunden-Dienst des laufenden Tages. Die variablen Dienste könnten allerdings auch im Rahmen der Monatsdienstplanung – etwa zum Zwecke der

Regulierung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit – zu einem dienstfreien Tag gewandelt werden. Neben den sich aus dem Grunddienstplan ergebenden Diensten seien zusätzlich jährlich Tagesdienste im Umfang von 80 Stunden zu leisten, die zumeist Ausbildungszwecken dienen und grundsätzlich im Rahmen der Möglichkeiten nachzuholen seien, wenn sie wegen Dienstunfähigkeit nicht wahrgenommen hätten werden könnten. Genügte die Zeiten der für den jeweiligen Beamten erforderlichen jährlichen Ausbildungen nicht, um das Maß von 80 Stunden zu erreichen, seien Tagesdienste auch zu anderen als Ausbildungszwecken zu leisten, etwa im Werkstattdienst.

47

Wann und welchen Dienst der Kläger konkret und verbindlich zu leisten habe, werde stets für den gesamten Zeitraum eines Monats spätestens am 15. des Vormonats in einem Dienstplan festgelegt. Stehe zum Zeitpunkt der verbindlichen Festsetzung des Dienstplans fest, dass der Kläger an Arbeitstagen des kommenden Verbindlichkeitszeitraums etwa wegen genehmigten Urlaubs oder angezeigter Dienstunfähigkeit dienstabwesend sei, werde dies bei der Dienstplanung für den kommenden Verbindlichkeitszeitraum bzw. Monatsdienstplan berücksichtigt, indem für diesen Zeitraum der geplanten Abwesenheit kein konkreter Dienst angeordnet werde.

48

Bei der Beklagten werde für den Kläger ein fortlaufendes, elektronisches Arbeitszeitkonto geführt, wobei für jeden Monat nach Monatsschluss ein Stundennachweis erstellt und dem Kläger ausgehändigt werde, der Arbeitszeitbuchungen und den Stand des Arbeitszeitkontos wiedergebe. Dem Arbeitszeitkonto würden auf der Grundlage von § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV zu Jahresbeginn 72 Stunden pauschal gutgeschrieben. In Spalte „Soll“ werde die jeweilige tägliche Soll-Arbeitszeit ausgewiesen. Diese betrage im Fall des Klägers – durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden – an den Tagen Montag bis Freitag 10 Stunden, mit Ausnahme des Faschings-Dienstag, an dem die Soll-Arbeitszeit 5 Stunden betrage. An Samstagen und Sonntagen werde keine Soll-Arbeitszeit angesetzt. In Spalte „AZ“ des Arbeitszeitkontos werde entweder die am jeweiligen Tag tatsächlich geleistete Arbeitszeit als Ist-Arbeitszeit erfasst oder die Zeit, die der Kläger regulär nach dem Monatsdienstplan habe leisten müssen, wenn er nicht wegen Dienstunfähigkeit abwesend gewesen wäre. Im Fall von Erholungsurlaub an einem Montag bis Freitag werde in der Spalte „AZ“ die Soll-Arbeitszeit des Tages (10 Stunden) erfasst, um das Arbeitszeitkonto wie auch im Fall der dienstunfähigkeitsbedingten Dienstabwesenheit an diesem Tag zu neutralisieren. Im Falle eines abgeleiteten Verfügungs-Dienstes von 7:00 Uhr bis 8:00 ohne Abruf für den 24-Stunden-Dienst des laufenden Tages werde eine Arbeitszeit von einer Stunde erfasst.

49

Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit des Klägers betrage in einem flexiblen Zeitraum von zwölf Monaten selten über 48 Stunden. Selbst bei Betrachtung eines starren Bezugszeitraums von zwölf Monaten etwa bezogen auf das Kalenderjahr ergebe sich für den Kläger in aller Regel eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von unter 50 Stunden. Entgegen dem Vorbringen des Klägers könne er aber nach dem für ihn geltenden Dienstplanmodell sowie nach den für ihn festgesetzten Monatsdienstplänen seine jährliche Soll-Arbeitszeit, die rechnerisch aus der von ihm in seiner Opt-Out-Erklärung festgesetzten wöchentlichen Soll-Arbeitszeit von 50 Stunden folge, auch tatsächlich erreichen. Zwar könne dies nicht allein durch die fest rollierenden 24-Stunden-Dienste gewährleistet werden; hinzukommen müssten die Tagesdienste sowie die Umwandlung der variablen Dienste in konkrete Dienste. Erfahrungsgemäß würden aber je nach Zusatzqualifikation des feuerwehrtechnischen Beamten 10 bis 15 variable Dienste im Jahr zu 24-Stunden-Diensten.

50

Grund für die u.a. beim Kläger ab 2020 angewachsenen Minusstunden sei nicht das bestehende Dienstplanmodell, sondern die Covid19-Pandemie. Zum Gesundheitsschutz und zur bestmöglichen Verhinderung eines kompletten coronabedingten Ausfalls der vier Wachabteilungen sei deren strikte personelle Trennung erforderlich gewesen. Diese Trennung habe keine Umwandlung der nach dem grundsätzlichen Dienstplanmodell regelmäßig vorgesehenen Vario-Dienste in „echte“ Dienste erlaubt, weil diese Dienste nicht in der eigenen Wachabteilung zu leisten seien. Da es auch bei den zu Ausbildungszwecken zu leistenden Tagesdiensten zu einer Durchmischung der Wachabteilungen komme, hätten auch diese Tagesdienste in der ersten Corona-Welle und auch zum Jahreswechsel 2021/22 wegen Auftretens der Omikron-Varianten temporär ausgesetzt werden müssen. Infolgedessen seien ab dem Jahr 2020 weniger Dienststunden geleistet worden, was ab dem Jahr 2020 zu negativen Stundensaldos geführt

habe. In den Jahren zuvor – als das grundsätzlich bestehende Dienstplanmodell vollständig gelebt worden sei – sei dies nicht der Fall gewesen.

51

Den Klageanträgen trat die Beklagte jeweils im Einzelnen entgegen.

52

Am 21. Dezember 2023 fand ein Erörterungstermin mit dem Berichterstatter statt. Die Beklagte verzichtete in diesem Termin, der Kläger mit Schriftsatz vom 2. Januar 2024 auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

53

Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere hinsichtlich des Vorbringens der Beteiligten, wird auf die Gerichtsakte, insbesondere auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, sowie auf die vorgelegten Behördenakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

54

Die Klage, über die gem. § 101 Abs. 2 VwGO mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden werden konnte, bleibt ohne Erfolg. Sie ist mit allen (Hauptwie Hilfs-) Anträgen zulässig, aber nicht begründet. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche nicht zu.

55

1. Zu dem vom Kläger zu leistenden Dienst und dem von der Beklagten geführten Arbeitszeitkonto ist vorab Folgendes auszuführen:

56

Die Beamten im Feuerwehrdienst der Beklagten, die wie der Kläger Schichtdienst leisten (insbesondere auf Grund seiner „Opt-Out“-Erklärung vom 29.11.2007 grundsätzlich einen 24-Stunden-Dienst an jedem vierten Tag, vgl. die den Kläger betreffenden Entscheidungen BayVGh, B.v. 23.6.2014 – 3 ZB 12.2460 – juris Rn. 3; VG Augsburg U.v. 20.12.2012 – Au 2 K 11.1300 – Rn. 2), haben ihre tägliche Arbeitszeit innerhalb der von der Dienstleitung festgelegten Zeiten einzubringen. Die Dienstleistungspflicht wird durch den von der Dienstleitung erstellten Dienstplan nach Ort und Zeit konkretisiert (vgl. BVerwG, B.v. 26.11.2012 – 2 B 2.12 – juris Rn. 10; U.v. 1.4.2004 – 2 C 18.03 – juris Rn. 17; vgl. auch § 9 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 BayAzV); diese Zeiten sind tägliche Soll-Arbeitszeit (vgl. BVerwG, U.v. 22.6.2023 – 2 C 19.21 – juris Rn. 24). Außerhalb dieser Zeiten haben die Beamten keinen Dienst zu erbringen (BVerwG, B.v. 26.11.2012, a.a.O.). Im Arbeitszeitmodell des Schichtdienstes bleibt das zu erfüllende Arbeitszeitvolumen des vollzeitbeschäftigten Beamten gleich (vgl. BVerwG, U.v. 22.6.2023 – 2 C 19.21 – juris Rn. 23).

57

Die Führung von Arbeitszeitkonten auch bei – wie im Falle des Klägers – Schichtdienstleistung ist grundsätzlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerwG, U.v. 22.6.2023 – 2 C 19.21; U.v. 26.11.2012 – 2 B 2.12; beide juris; BayVGh, B.v. 1.7.2016 – 3 ZB 13.611 – juris Rn. 6 f.; VG Augsburg, U.v. 19.12.2019 – Au 2 K 18.1482, Au 2 K 18.1484 [ebenfalls zu einem Beamten im feuerwehrtechnischen Dienst der Beklagten]). Mittels des Jahresarbeitszeitkontos werden lediglich – quasi buchhaltungstechnisch – Soll- und Ist-Zeiten einander gegenübergestellt. Die vom Beamten in Erfüllung seiner Dienstleistungspflicht tatsächlich erbrachten Arbeitsstunden werden aufgelistet und dem Arbeitszeitsoll gegenübergestellt. Ausgangs-, Verrechnungs- und Saldowerte haben indes ausschließlich rechnerische, keinesfalls rechtlich konstitutive Bedeutung. Verbindlich sind allein die normativen Vorgaben der Arbeitszeitvorschriften (vgl. BVerwG, U.v. 1.4.2004 – 2 C 18.03 – juris Rn. 15; BayVGh, B.v. 1.7.2016 – 3 ZB 13.611 – juris Rn. 6). Die Schichtdienstregelungen führen auch nicht zu Mehrarbeit, sondern nur zu einer zeitlichen Umschichtung der zulässigen Arbeitszeit (vgl. BayVGh, B.v. 1.7.2016 – 3 ZB 13.611 – juris Rn. 6 f.). Dies gilt auch, wenn die Arbeitszeit über einen längeren Zeitraum variiert, sofern – woran hier keine Zweifel bestehen – eine entstandene Mehrbelastung durch eine spätere gleich hohe Entlastung ausgeglichen wird (vgl. BVerwG, B.v. 26.11.2012 – 2 B 2.12 – juris Rn. 9; BayVGh, B.v. 1.7.2016 – 3 ZB 13.611 – juris Rn. 7). Im Rahmen von Schichtdienstregelungen ist es auch zulässig, Minderarbeit durch Mehrarbeit auszugleichen und einen unvorhergesehenen Arbeitsausfall (d.h. einen Arbeitsausfall entgegen dem ursprünglichen Dienstplan) mit geleisteter Mehrarbeit zu saldieren mit der Folge, dass sich die durch Freizeit auszugleichende Mehrarbeit

entsprechend reduziert (BVerwG, B.v. 23.1.1991 – 2 B 120.90 – juris Rn. 4; BayVGH, B.v. 1.7.2016 – 3 ZB 13.611 – juris Rn. 8). Dass ein Arbeitszeitkonto im Schichtbetrieb erst über einen längeren Zeitraum hinweg ausgeglichen werden kann, ist nicht zu beanstanden, da dies notwendige Folge der Konzeption dieses Arbeitszeitmodells ist (vgl. BVerwG, B.v. 26.11.2012 – 2 B 2.12 – juris Rn. 9; NdsOVG, U.v. 30.8.2022 – 5 LC 41/20 – juris Rn. 70).

58

Vorliegend korrespondiert zwar der Ansatz von Soll-Zeiten durch die Beklagte beim Arbeitszeitkonto des Klägers (zehn Soll-Stunden [nur] von Montag bis Freitag, d.h. pro Kalenderwoche 50 Stunden) nicht mit den ihm zu leistenden Diensten (namentlich den auch am Wochenende nicht ausgeschlossenen 24-Stunden-Diensten). Dies ist aber rechtlich ohne Belang, da – wie ausgeführt – die Ausgangs-, Verrechnungs- und Saldowerte auf dem Arbeitszeitkonto keine konstitutive Bedeutung besitzen und es in der Natur der Sache liegt, dass das Arbeitszeitkonto im Schichtbetrieb erst über einen längeren Zeitraum hinweg ausgeglichen werden kann. Der Soll-Ansatz von 50 Stunden pro Kalenderwoche geht auch nicht über die Opt-Out-Erklärung des Klägers vom 29. November 2007 hinaus, nach der er sich bereit erklärt hat, durchschnittlich wöchentlich 50 Stunden Dienst einschließlich Bereitschaftsdienst zu leisten. Dies gilt auch bzw. gerade dann, wenn – wie der Kläger mit dem Klageantrag 4. geltend macht – von einem Bezugszeitraum von sieben Tagen ausgegangen wird. Das vom Kläger aufgeworfene Problem des Bezugszeitraums stellt mithin kein solches des Ansatzes von Soll-Arbeitsstunden im Arbeitszeitkonto, sondern der von ihm gemäß der Opt-Out-Erklärung zu leistenden Arbeitszeit dar. Das Arbeitszeitvolumen des Klägers steigt jedenfalls nicht deshalb, weil die Beklagte 50 Stunden Dienst wöchentlich im Arbeitszeitkonto gleichmäßig auf die Werktage Montag bis Freitag umlegt.

59

Unerheblich ist auch, inwieweit die Soll-Arbeitszeit im Arbeitszeitkonto für das gesamte Kalenderjahr (vgl. Vorspann und Nr. 1 der Dienstvereinbarung über ein angepasstes Modell zur Berechnung der Soll- und Ist-Arbeitszeiten vom 13.5.2019 [Anlage K 13]) anzusetzen wäre bzw. eine entsprechende Vorausberechnung im System auch erfolgt (vgl. Schriftsatz Beklagte vom 29.7.2022 S. 3). Denn dies stellt lediglich einen anderen – aber ebenso wenig konstitutiven – rechnerischen Ansatz dar, um die vom Kläger zu erbringende Arbeitszeit im Arbeitszeitkonto zu „hinterlegen“. Unterschiede zu einem wöchentlichen bzw. werktäglichen (Montag bis Freitag) Ansatz der Soll-Arbeitszeit können sich ohnehin nicht (bzw. sich allenfalls in rundungsmathematischer Größenordnung) ergeben, weil die Grundlage des Ansatzes (wöchentlich 50 Stunden) unverändert bleibt.

60

Soweit der Kläger der Beklagten vorhält, es komme zum Aufbau von zahlreichen Minusstunden, so betrifft dies gerade nicht Mehrarbeit, die in Folge des Schichtplanmodells oder der Führung des Arbeitszeitkontos zu leisten wäre. Zudem hat die Beklagte hierzu überzeugend ausgeführt (Schriftsatz vom 8.11.2022 S. 2), dass es sich um einen auf die Covid19-Pandemie zurückzuführenden Sondereffekt handelt, da es wegen strikter Trennungen der Wachabteilungen nicht zur kurzfristigen, bedarfsbedingten Übernahme von weiteren 24-Stunden-Schichten kam (von der Beklagten als „Vario-Dienste“ bezeichnet) und auch Tagesdienste zur Vermeidung von Durchmischungen ausgesetzt werden mussten. Im „Vor-Corona-Jahr“ 2019 etwa war demgegenüber das Arbeitszeitkonto des Klägers ausweislich des von der Beklagten vorgelegten Stundennachweises über einen längeren Zeitraum beinahe ausgeglichen (Stand Ende Januar 2019: +22,22 h; Stand Ende Dezember 2019: +15,72h).

61

2. Die mit den Klageanträgen (Hauptwie Hilfsanträge) geltend gemachten Ansprüche bestehen nicht. Hierzu gilt im Einzelnen Folgendes:

62

2.1 Mit dem Klageantrag 1. macht der Kläger unter Berufung auf § 5 Abs. 2 BayAzV geltend, dass ihm an Heilig Abend und Silvester 2018 und 2019, die für ihn dienstfrei gewesen seien, zu Unrecht auf seinem Arbeitszeitkonto zehn Sollstunden angesetzt worden seien (24.12.2018) bzw. er gezwungen gewesen sei, Urlaub zu nehmen, um den Ansatz von jeweils zehn Minusstunden auf seinem Arbeitszeitkonto zu vermeiden (31.12.2018, 24.12.2019, 31.12.2019).

63

Der Ansatz von zehn Sollstunden für den 24. und den 31. Dezember auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers, wenn er an diesen Tagen nach dem Dienstplan keinen Dienst zu leisten hat, ist jedoch nicht zu beanstanden.

64

2.1.1 Für den im Einsatzdienst der Feuerwehr verwendeten Kläger, der regelmäßig 24-Stunden-Schichten zu leisten hat, bestehen keine allgemein, d.h. von vornherein, dienstfreien Tage (Wochenenden, Feiertage; Heilig Abend; Silvester). § 6 BayAzV lässt die Anordnung von Dienst in Abweichung von (u.a.) § 5 Abs. 2 BayAzV zu. Auch aus § 9 Abs. 3 BayAzV (dazu näher unten) ergibt sich, dass (u.a.) die Regelung des § 5 Abs. 2 BayAzV zur allgemeinen Dienstfreiheit des 24. und des 31. Dezember nicht absolut und unbesehen von den Anforderungen an die zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben gilt. Bedarf nach einer rasch einsatzbereiten Feuerwehr besteht vielmehr gerade an Heilig Abend und Silvester, weil dort erfahrungsgemäß von Privathaushalten vermehrt brandträchtige Gegenstände verwendet werden (insbesondere Kerzen, Feuerwerkskörper). Das vom Kläger angeführte Rundschreiben des (früheren) Oberbürgermeisters der Beklagten aus dem Jahr 1999, in dem dieser den Mitarbeitern der Beklagten ohne Ausnahme für den 24. und den 31. Dezember dienstfrei zugesagt habe, ist mithin ersichtlich nicht so zu verstehen, dass damit sämtlichen Bediensteten im Einsatzdienst der Feuerwehr an diesen Tagen dienstfrei gewährt worden sollte.

65

2.1.2 Ebenso wenig – und hierauf hebt der Kläger letztlich ab – reduziert sich seine wöchentliche Arbeitszeit (anteilig, soweit es um Montag bis Freitag geht) wegen der in § 5 Abs. 2 BayAzV geregelten allgemeinen Dienstfreiheit des 24. und des 31. Dezember.

66

Eine Verminderung der Arbeitszeit u.a. für die nach § 5 Abs. 2 BayAzV allgemein dienstfreien Tage enthält § 2 Abs. 1 Satz 2 BayAzV (nur) in Bezug auf die regelmäßige Arbeitszeit gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 BayAzV bei gleitender oder fester Arbeitszeit gem. §§ 7, 8 BayAzV. Zwar wird § 2 Abs. 1 Satz 2 BayAzV über die Vorschrift des § 9 Abs. 3 BayAzV auch für Beamte im Schichtdienst – wie dem Kläger – anwendbar erklärt. Allerdings hat der Ordnungsgeber in § 9 Abs. 3 BayAzV hinsichtlich der Beamten, die Schichtdienst leisten, differenziert. In Satz 1 dieser Norm wird für „Beamte im Schichtdienst“, in Satz 2 für „Beamte, die nach einem Schichtdienst eingesetzt sind, der für den Regelfall Schichten von 24 Stunden Dauer vorsieht“ eine Regelung getroffen. Während für die erste Gruppe die verminderte Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 Satz 2 BayAzV unabhängig davon gilt, ob sie an diesem Tag Dienst leisten müssen oder dienstfrei haben, wird der zweiten Gruppe, zu der der Kläger gehört, ein pauschaler Freizeitausgleich von drei Dienstschichten im Kalenderjahr gewährt. Der Ordnungsgeber wollte nach dem Wortlaut und dem Normgefüge ersichtlich für die Gruppe der Beamten, die nach einem Schichtdienst eingesetzt sind, der für den Regelfall Schichten von 24 Stunden Dauer vorsieht, eine spezielle Regelung treffen, die der Besonderheit dieses Arbeitsmodells Rechnung trägt. Diese Beamtengruppe erhält einen pauschalen Freizeitausgleich von drei Dienstschichten im Kalenderjahr (im Falle des Klägers: Gutschrift von 72 Sollarbeitsstunden; vgl. zum Ganzen BayVGH, B.v. 23.6.2014 – 3 ZB 12.2460 – juris Rn. 7 zu dem auf Klage des Klägers ergangenen Kammerurteil VG Augsburg, U.v. 20.9.2012 – Au 2 K 11.1300). Da § 2 Abs. 1 Satz 2 BayAzV ausdrücklich sowohl die gesetzlichen Feiertage als auch für die – vom Kläger angeführten – allgemein dienstfreien Tage nach § 5 Abs. 2 BayAzV nennt, gilt die oben dargestellte Differenzierung in § 9 Abs. 3 BayAzV auch für den 24. und den 31. Dezember; eine Verminderung der Arbeitszeit gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 BayAzV sieht § 9 Abs. 3 BayAzV also auch für diese Tage nicht vor.

67

Weshalb ein solches Normverständnis gegen höherrangiges Recht verstoßen sollte, erschließt sich nicht. Für den Kläger, der grundsätzlich jeden vierten Tag einen 24-Stunden-Dienst leistet und der zudem bei kurzfristigem Bedarf („variable“ Dienste) weitere solcher Dienste zu leisten hat, gibt es, wie ausgeführt, keine von vornherein dienstfreien Tage. Es ist auch nicht erkennbar, weshalb der Dienstherr aus Fürsorgegründen verpflichtet sein sollte, Beamten, die nach einem Schichtdienst eingesetzt sind, der für den Regelfall Schichten von 24 Stunden Dauer vorsieht, in Bezug auf Feiertage und dienstfreie Tage die gleiche Reduzierung der Arbeitszeit zu gewähren wie für Beamte, mit gleitender oder fester Arbeitszeit; eine Vergleichbarkeit besteht insoweit nicht. Zudem wird der pauschale Ausgleich nach § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV anders als bei § 2 Abs. 1 Satz 2 BayAzV unabhängig davon gewährt, ob bzw. wie viele der betreffenden (Feier- oder dienstfreien) Tage auf einen Montag bis Freitag fallen. Bedenken hinsichtlich der

Vereinbarkeit des genannten Verständnisses von § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV mit höherrangigem Recht wurden auch in den vorgenannten Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und der Kammer nicht aufgeworfen.

68

Die Regelung des § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV greift auch unabhängig davon, ob der Kläger nach dem für ihn geltenden Dienstplan am 24. oder 31. Dezember Dienst zu leisten hatte bzw. geleistet hat. Zwar war im Urteil der Kammer vom 20. September 2012 (Au 2 K 11.1300 – Rn. 37, Rn. 40) im Zusammenhang mit § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV von einem Ausgleich für „an gesetzlichen Feiertagen geleisteten“ Dienst die Rede. Dies beruhte jedoch allein darauf, dass Streitgegenstand jenes Verfahrens ein Begehren auf Arbeitszeitausgleich für den vom Kläger „an Feiertagen geleisteten Dienst“ war (vgl. a.a.O., Rn. 1). Zudem stellt der für den Kläger zur Anwendung kommende § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV, anders als Satz 1 dieser Norm in Bezug auf § 2 Abs. 1 Satz 2 BayAzV, gerade nicht darauf ab, ob der Beamte Dienst leisten musste oder nicht (vgl. auch nochmals BayVGH, B.v. 23.6.2014 – 3 ZB 12.2460 – juris Rn. 7). Zudem steht die nicht im Schichtplan ausgewiesene Zeit dem Kläger (ohnehin) als Freizeit zur Verfügung wird und durch eine früher erbrachte oder später noch zu erbringende Mehrbelastung ausgeglichen. Die so durch Mehrarbeit gewonnene Freizeit hat rechtlich jedoch keine andere Qualität als sonstige arbeitsfreie Zeit (vgl. BVerwG, B.v. 26.11.2012 – 2 B 2.12 – juris Rn. 11 f.), so dass auch deshalb ein zusätzlicher Ausgleichsbedarf in Bezug auf dienstfreie Tage (§ 5 Abs. 2 BayAzV) nicht besteht.

69

Ob die Beklagte bei anderen im 24-Stunden-Dienst tätigen Feuerwehrbeamten, die sich mittels Opt-Out-Erklärung zu einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 49 Stunden und 44 Minuten bereit erklärt haben, zu Recht oder zu Unrecht am 24. und am 31. Dezember keine Soll-Arbeitszeit von zehn Stunden ansetzt (vgl. Schriftsatz Kläger vom 4.4.2022 S. 13) ist rechtlich ohne Bedeutung, da – wie ausgeführt – Ausgangs-, Verrechnungs- und Saldowerte ausschließlich rechnerische, und keine rechtlich konstitutive Bedeutung haben, sondern verbindlich allein die normativen Vorgaben der Arbeitszeitschriften sind. In Bezug auf das Dienstmodell des Klägers ist jedenfalls die Anwendung (allein) des § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV nicht zu beanstanden.

70

2.2 Die mit dem Klageantrag 2. (Hauptwie Hilfsanträge) geltend gemachten Ansprüche bestehen ebenfalls nicht. Diese Ansprüche betreffen nicht auf ein Wochenende fallende Feiertage vom 1. Januar 2017 bis 30. Juni 2021, an denen der Kläger dienstfrei hatte und an denen Sollarbeitsstunden erfasst wurden bzw. an denen Sollarbeitsstunden erfasst worden wären, wenn der Kläger keinen Urlaub genommen hätte.

71

Insoweit gelten die Ausführungen unter 2.1 entsprechend. (Auch) für Feiertage verkürzt sich die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit des Klägers von 50 Stunden nicht gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 BayAzV; der Kläger hat gem. § 9 Abs. 3 Satz 2 BayAzV lediglich Anspruch auf Gewährung eines pauschalen Freizeitenausgleichs von drei Dienstschichten, der ihm durch die Gutschrift von 72 Stunden auf dem Arbeitszeitkonto gewährt wird. Auch insoweit kommt es gemäß den Ausführungen zum Klageantrag 1. nicht darauf an, ob der Kläger an den betreffenden Feiertagen Dienst geleistet hat bzw. leisten musste oder ob er nach dem Dienstplan frei hatte.

72

2.3 Die mit dem Klageantrag 3. hauptsächlich sowie hilfsweise geltend gemachten Ansprüche bestehen ebenfalls nicht. Der Kläger meint, er habe Anspruch auf (zeitlichen, hilfsweise finanziellen) Ausgleich für Montag, 26. April 2021 deshalb, weil er an diesem Tag zusätzlich zu den Tagen 19. bis 23. April 2021 (Montag bis Freitag) Urlaub nehmen müssen, weil er nur so am Sonntag, 25. April 2021, keinen 24-Stunden-Dienst zu leisten gehabt habe.

73

Worauf der Kläger Ausgleichsansprüche für den 26. April 2021 stützen könnte, ist nicht ersichtlich. Urlaub (auch) für diesen Tag ist dem Kläger antragsgemäß bewilligt worden (vgl. § 17 UrlMV). Ausweislich des von der Beklagten vorgelegten Stundennachweises (Anlage zum Schriftsatz vom 30.11.2023) ist ferner (auch) dieser Urlaubstag hinsichtlich der Arbeitszeit neutral behandelt worden (Ansatz einer „Soll-“ wie einer Arbeitszeit [„AZ“] von jeweils zehn Stunden).

74

Der Kläger macht letztlich geltend, Anspruch auf ein bestimmtes dienstfreies Wochenende zu haben bzw. Anspruch auf Urlaub in einer bestimmten Länge. Derartige Ansprüche bestehen jedoch nicht. Wie erwähnt, sind die Wochenenden beim Kläger angesichts der von ihm regelmäßig zu leistenden 24-Stunden-Dienste nicht von vornherein dienstfrei. Ein Anspruch auf Aufstellung eines bestimmten Dienstplans – hier: eines solchen, der Dienstfreiheit an einem bestimmten Wochenende oder gar zweier dienstfreier Wochenenden hintereinander vorsieht – besteht nicht (vgl. BayVGh, B.v. 1.7.2016 – 3 ZB 13.611 – juris Rn. 12). Ebenso wenig lässt sich der UrlMV ein Anspruch des Beamten auf Genehmigung von Urlaub in bestimmter Länge entnehmen; die Genehmigung bzw. Erteilung des Urlaubs gem. § 17 UrlMV setzt voraus, dass die ordnungsgemäße Erfüllung der Dienstgeschäfte gewährleistet ist (vgl. Baßlsperger in Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, Bayerisches Beamtenrecht, Stand Dezember 2018, Art. 93 BayBG Rn. 51 f.).

75

Zudem hat die Beklagte nachvollziehbar vorgetragen, dass der Kläger die Möglichkeit hatte, an dem von ihm genannten Wochenende (24./25.4.2021) dienstfrei zu bekommen (Schriftsatz vom 10.1.2022 S. 16 f.). Dem entspricht es, dass in der Dienstvereinbarung über die Arbeitszeit der Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes im Amt für Brand- und Katastrophenschutz vom 6. März 2008 (unter III. Buchst. I) festgehalten ist, dass „zu jeder Woche Urlaub (...) ein freies Wochenende“ gehört (Hervorhebung im Original). In gleicher Weise haben sich die Beteiligten im gerichtlichen Erörterungstermin eingelassen. Zudem besteht, wie die Beteiligten ebenfalls im Erörterungstermin übereinstimmend vorgetragen haben, die Möglichkeit eines „Freitausches“, um auch das nicht zum Urlaub „gehörende“ bzw. „genommene“ Wochenende dienstfrei zu bekommen. Insoweit geht es nicht darum, dass der Kläger einen zusätzlichen Dienst übernehmen müsste, sondern um Dienst zu einem anderen Zeitpunkt.

76

2.4 Die mit dem Klageantrag 4. geltend gemachten Ansprüche bestehen ebenfalls nicht. Der Kläger hat, soweit er seit 1. Januar 2017 bis zum 4. Juli 2021 in den von ihm genannten Kalenderwochen mehr als 50 Stunden Dienst geleistet hat, weder Anspruch auf Freizeitausgleich noch auf finanzielle Entschädigung. Die Voraussetzungen weder des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs (dazu 2.4.1) noch des beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruchs (dazu 2.4.2) sind erfüllt.

77

2.4.1 Die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs liegen nicht vor, weil es an einem qualifizierten Unionsrechtsverstoß fehlt (dazu 2.4.1.1) und der Kläger die klageweise erhobenen Ansprüche zuvor nicht in der erforderlichen Weise geltend gemacht hat (dazu 2.4.1.2).

78

2.4.1.1 Ein hinreichend qualifizierter (da offenkundiger und erheblicher, vgl. BVerwG, U.v. 20.7.2017 – 2 C 31.16 – BVerwGE 159, 245 – juris Rn. 16 m.w.N.) Unionsrechtsverstoß liegt nicht vor.

79

2.4.1.1.1 In seiner Opt-Out-Erklärung vom 29. November 2007 hat sich der Kläger gem. § 4 Abs. 2 BayAZV bereit erklärt, durchschnittlich wöchentlich 50 Stunden Dienst einschließlich Bereitschaftsdienst nach einzelnen in dieser Erklärung aufgeführten Maßgaben zu leisten. Die grundsätzliche unionsrechtliche Zulässigkeit eines solchen „Opt-Outs“ ergibt sich aus Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG, wonach es den Mitgliedstaaten freisteht, Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG, in dem die zulässige Höchstarbeitszeit von 48 Wochenstunden pro Siebentageszeitraum normiert wird, unter bestimmten Voraussetzungen nicht anzuwenden (vgl. BayVGh, B.v. 14.9.2018 – 3 BV 15.2492 – juris Rn. 23, Rn. 26; zur unionsrechtlichen Einordnung eines solchen „Opt-Outs“ vgl. ferner OVG NW, U.v. 7.12.2018 – 6 A 2215/15 – juris Rn. 61). Bedenken gegen die Freiwilligkeit und Individualität der Bereitschaftserklärung des Klägers vom 29. November 2007 sind weder vorgetragen noch ersichtlich (näher zu diesen Erfordernissen BayVGh a.a.O., juris Rn. 36 ff. m.w.N.).

80

2.4.1.1.2 Die vom Kläger (hauptwie hilfsweise) geltend gemachten Ansprüche sind darauf gestützt, dass für die in der Opt-Out-Erklärung genannte durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden kein Bezugszeitraum festgelegt worden sei; soweit die Beklagte geltend mache, einen Bezugszeitraum von zwölf Monaten festgelegt zu haben, verstoße dieser gegen Vorgaben der RL 2003/88/EG. Daher sei

Bezugszeitraum für die vom Kläger zu leistende durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit der Siebentageszeitraum. Hieraus leitet der Kläger ab, dass er für jede Kalenderwoche im Zeitraum 1. Januar 2017 bis 4. Juli 2021, in der er mehr als 50 Stunden Dienst geleistet habe, Freizeitausgleichs-, hilfsweise Entschädigungsansprüche habe. Auch hinsichtlich des Bezugszeitraums fehlt es aber an einem qualifizierten Unionsrechtsverstoß.

81

2.4.1.1.2.1 Die Beklagte hat – insoweit folgt das Gericht dem Kläger – keinen Bezugszeitraum festgelegt. Daher braucht vorliegend der Problematik nicht weiter nachgegangen werden, dass eine nicht normativ begründete Verwaltungspraxis für die Bestimmung eines Bezugszeitraums nicht ausreicht (vgl. BVerwG, U.v. 17.9.2015 – 2 C 26.14 – juris Rn. 58 f., Rn. 61; vgl. auch U.v. 17.2.2022 – 2 C 5.21 – juris, LS sowie Rn. 11). Der Opt-Out-Erklärung des Klägers lässt sich ein Bezugszeitraum für die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden nicht entnehmen. Einen Bezugszeitraum von zwölf Monaten enthält Nr. 3 der Opt-Out-Erklärung lediglich für Mehrarbeit, auf die sich der Klageantrag aber nicht bezieht. Denn die hier in Rede stehende regelmäßige Arbeitszeit (durchschnittlich wöchentlich 50 Stunden) kann nicht zugleich Mehrarbeit sein; das gilt auch dann, wenn die regelmäßige Arbeitszeit rechtswidrig zu hoch festgesetzt sein sollte (BVerwG, U.v. 19.4.2018 – 2 C 40.17 – BVerwGE 161, 377 – juris, LS 1). Keinen Bezugszeitraum enthält auch die Dienstvereinbarung über die Arbeitszeit der Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes im Amt für Brand- und Katastrophenschutz vom 25. Februar 2008. Die von der Beklagten (Schreiben vom 12.8.2019) zum Bezugszeitraum angeführte Norm des § 2 Abs. 2 Satz 3 BayAzV ist offensichtlich nicht einschlägig, da sie eine Teilzeitbeschäftigung betrifft. Es kann nicht angenommen werden, dass die Beklagte auf diese Norm einen Bezugszeitraum für das Opt-Out eines Feuerwehrbeamten im Einsatzdienst stützen will. Auch sonst ist nicht ersichtlich, dass Maßstab der Beklagten für die Diensterteilung des Klägers ist, dass er gerade innerhalb eines Zwölfmonatszeitraums im Durchschnitt 50 Stunden Dienst wöchentlich leistet. Im Übrigen ist, worauf sogleich noch einzugehen sein wird, unionsrechtlich ungeklärt, ob es bei einem auf Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG gestützten Opt-Out eines Bezugszeitraums bedarf und ob ein solcher insbesondere zwölf Monate betragen darf. Insofern kann der Beklagten auch unter Zugrundelegung ihrer – nicht substantiierten – Behauptung, einen Bezugszeitraum von zwölf Monaten zu verwenden, kein qualifizierter Unionsrechtsverstoß vorgeworfen werden.

82

2.4.1.1.2.2 Ein qualifizierter Unionsrechtsverstoß ergibt sich auch nicht daraus, dass § 4 Abs. 2 BayAzV, auf den die Opt-Out-Erklärung des Klägers nach innerstaatlichem Recht gestützt ist, keinen Bezugszeitraum festlegt.

83

Das Bundesverwaltungsgericht hat ausführlich dargelegt, dass die Frage, ob das Fehlen eines Bezugszeitraums bei einem mitgliedstaatlichen „Optout“ nach Art. 22 RL 2003/88/EG einen Unionsrechtsverstoß darstelle, offen sei. Maßstabbildende Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Frage der Notwendigkeit eines Bezugszeitraums und zur Auslegung des Begriffs „im Durchschnitt des in Art. 16 Buchst. b) genannten Bezugszeitraums“ i.S.v. von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG oder der Vorgängerrichtlinie gebe es für den Fall des „Optout“ bislang nicht. Die innerstaatliche Rechtsprechung zu dieser Frage sei uneinheitlich. Einerseits gebe es Argumente, die dafür sprächen, ein mitgliedstaatliches „Optout“ nach Art. 22 RL 2003/88/EG nur unter Festlegung eines Bezugszeitraums zuzulassen. Andererseits werfe die konkrete Bestimmung eines Bezugszeitraums nach Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG eine Vielzahl von bislang ungeklärten unionsrechtlichen Fragen auf. So sei unklar, ob es zur abstrakt-generellen Regelung der Möglichkeit einer „Optout“-Vereinbarung eines besonderen Bezugszeitraums bedürfe. Des Weiteren stellten sich normsystematische Fragen nach dem Verhältnis von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG zu Art. 17 bis Art. 19 RL 2003/88/EG (vgl. im Einzelnen BVerwG, U.v. 20.7.2017 – 2 C 31.16 – BVerwGE 159, 245 – juris Rn. 27 ff.).

84

Gestützt auf diese bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, insbesondere hinsichtlich eines Bezugszeitraums von zwölf Monaten, offen gelassen, ob § 4 Absätze 2 und 4 BayAzV Art. 22 RL 2003/88/EG vollständig umsetzen, da es jedenfalls an einem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht im Sinn des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs fehle (vgl. BayVGh, B.v. 14.9.2018 – 3 BV 15.2492 – juris Rn. 30 ff., zum Bezugszeitraum Rn. 32 f.).

85

Unter Heranziehung der beiden vorgenannten Entscheidungen hat auch das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen hinsichtlich der Umsetzung von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a RL 2003/88/EG, u.a. was den Bezugszeitraum von einem Jahr angeht, keinen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht im Sinne des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs angenommen (OVG NW, B.v. 6.2.2019 – 6 A 509/16 – juris Rn. 22; U.v. 7.12.2018 – 6 A 2215/15 – juris Rn. 63 ff.).

86

Angesichts dieser Rechtsprechung, der das erkennende Gericht folgt, kann auch im vorliegenden Fall hinsichtlich Fragen des Bezugszeitraums beim „Opt-Out“ kein hinreichend qualifizierter Unionsrechtsverstoß durch die Beklagte angenommen werden. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverwaltungsgericht in der genannten Entscheidung zwar erwogen hat, dass – wie es offenbar der Kläger für zutreffend erachtet – bei Fehlen einer Regelung des Bezugszeitraums der konkrete Siebentageszeitraum maßgeblich sein könnte (BVerwG, U.v. 20.7.2017 – 2 C 31.16 – BVerwGE 159, 245 – juris Rn. 31), dass dies aber im Gesamtzusammenhang mit den Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts steht, inwieweit das Unionsrecht die Festlegung eines Bezugszeitraums im Falle des Opt-Outs erfordert. Gerade das vom Kläger befürwortete Verständnis des Unionsrechts hat das Bundesverwaltungsgericht damit als nicht zwingend angesehen.

87

2.4.1.2 Zudem hat der Kläger den im Klageverfahren erhobenen Anspruch nicht zuvor in der erforderlichen Weise geltend gemacht.

88

2.4.1.2.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzt der unionsrechtliche Haftungsanspruch wegen rechtswidriger Zuvielarbeit – wie der nationale dienstrechtliche Ausgleichsanspruch (dazu 2.4.2) – voraus, dass er vom Beamten zuvor zumindest in Form einer Rüge geltend gemacht worden ist. Auszugleichen ist die rechtswidrige Zuvielarbeit, die ab dem auf die erstmalige schriftliche Geltendmachung folgenden Monat geleistet worden ist (vgl. BVerwG, U.v. 20.7.2017 – 2 C 31.16 – BVerwGE 159, 245 – juris Rn. 43 m.w.N.); dabei reicht jegliche textliche Form aus (BVerwG, U.v. 19.4.2018 – 2 C 40.17 – BVerwGE 161, 377 – juris, LS). Der Grundsatz der zeitnahen Geltendmachung des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs ist mit den unionsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz vereinbar (vgl. BVerwG, U.v. 16.6.2020 – 2 C 8.19 – BVerwGE 168, 220 – juris, LS 2).

89

2.4.1.2.2 Vorliegend begehrt der Kläger Ausgleich für den Zeitraum 1. Januar 2017 bis 4. Juli 2021. Er hatte aber zu keinem Zeitpunkt vor und innerhalb dieses Zeitraums den Anspruch in der erforderlichen Weise geltend gemacht.

90

2.4.1.2.2.1 Der Kläger führt insoweit selbst lediglich sein Widerspruchsschreiben vom 25. März 2020 und das weitere vorgerichtliche Schreiben vom 28. Oktober 2020 (Anlagen K 10 und K11) an. Für eine frühere schriftliche Geltendmachung ist auch, insbesondere unter Berücksichtigung der weiteren vom Kläger vorgelegten Schreiben betreffend die sonstigen Klageansprüche (Anlagen K 13 bis K 18), nichts ersichtlich. Ausgleichs- und Entschädigungsansprüche wegen Zuvielarbeit vor April 2020 (dem auf das Schreiben vom 25.3.2020 folgenden Monat) bestehen schon deshalb nicht.

91

2.4.1.2.2.2 Auch die Schreiben vom 25. März 2020 und vom 28. Oktober 2020 genügen aber nicht den Anforderungen an eine Geltendmachung von auf den unionsrechtlichen Haftungsanspruch gestützten Ansprüchen.

92

Zwar sind an die Rüge keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Es reicht aus, wenn sich aus der schriftlichen Äußerung ergibt, dass der Beamte die wöchentliche Arbeitszeit für zu hoch festgesetzt hält. Weder ist ein Antrag im rechtstechnischen Sinne erforderlich, noch muss Freizeitausgleich, hilfsweise finanzieller Ausgleich, beantragt oder der finanzielle Ausgleich konkret berechnet werden (vgl. BVerwG, U.v. 17.9.2015 – 2 C 26.14 – juris Rn. 29; U.v. 26.07.2012 – 2 C 29.11 – juris Rn. 27); der Beamte muss zum Ausdruck bringen, dass er mit der jeweiligen Situation – hier dem Umfang der Arbeitszeit – nicht

einverstanden ist (vgl. BVerwG, U.v. 19.4.2018 – 2 C 40.17 – juris Rn. 29). Gleichwohl sind die beiden genannten Schreiben des Klägers nicht als (ausreichende) Geltendmachung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anzusehen.

93

Das Widerspruchsschreiben vom 25. März 2020 enthält einen Abschnitt „Bezugszeitraum“; darin wird die Beklagte abschließend aufgefordert, die vom Kläger geleistete Mehrarbeit rückwirkend sowie zukünftig auf der Grundlage des vom Kläger innerhalb eines Siebentageszeitraums tatsächlich geleisteten Ist-Arbeitszeit festzusetzen und durch entsprechende Zeitgutschriften auszugleichen. In dem Schreiben vom 28. Oktober 2020 wurde diese Forderung wortgleich wiederholt. Damit hat der Kläger keine Einwendungen betreffend den Umfang bzw. die Höhe seiner Arbeitszeit, sondern nur betreffend den Bezugszeitraum zur Ermittlung des „Durchschnitts“ von wöchentlich 50 Arbeitsstunden erhoben. Allein Einwände betreffend den Bezugszeitraum rechtfertigen aber nicht die Annahme, der Kläger halte seine (wöchentliche) Arbeitszeit von 50 Stunden für zu hoch angesetzt. Die klageweise geltend gemachten Ansprüche beruhen zwar auf der Annahme, dass der Kläger wegen fehlenden bzw. unzulässigen Bezugszeitraums nicht mehr als 50 Stunden pro Kalenderwoche Dienst zu leisten habe. Dass er insoweit seine Arbeitszeit für zu hoch halte, hat der Kläger aber in den Schreiben vom 25. März 2020 und vom 28. Oktober 2020 nicht zum Ausdruck gebracht. Aus diesen ergibt sich weder, dass der Kläger meint, seine Arbeitszeit sei an der Kalenderwoche auszurichten, noch, dass 50 Stunden je Kalenderwoche die äußerste Grenze seiner Arbeitszeit sein sollen.

94

Die Arbeitszeit des Klägers hängt zudem untrennbar mit dem Dienstmodell zusammen, welches Grundlage seiner Opt-out-Erklärung vom 29. November 2007 ist. Diese nennt (Maßgabe Nr. 1) im Zusammenhang mit der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 50 Stunden die „Beibehaltung des bisherigen 4-schichtigen 24-Stunden-Modells“. Dies bedeutet, dass beim Kläger an jedem vierten Tag – wie gerichtlich unter Bezugnahme auf die Opt-Out-Erklärung des Klägers bereits festgestellt worden ist – ein 24-Stunden-Dienst vorgesehen ist (vgl. BayVGh, B.v. 23.6.2014 – 3 ZB 12.2460 – juris Rn. 3; VG Augsburg, U.v. 20.9.2012 – Au 2 K 11.1300 – Rn. 2). In einem solchen Modell variiert aber – wie unter 1. ausgeführt – notwendigerweise die Arbeitszeit über einen längeren Zeitraum und wird eine entstandene Mehrbelastung durch eine spätere gleich hohe Entlastung wieder ausgeglichen (und umgekehrt); eine regelmäßige (selbst) „50-Stunden-Woche“ ist diesem Modell fremd.

95

Der Kläger hat aber in den beiden genannten Schreiben – wie auch sonst in dem im Klageantrag genannten Zeitraum sowie im Übrigen auch im gerichtlichen Verfahren – sein Dienstmodell mit grundsätzlichen 24-Stunden-Schichten jeden vierten Tag nicht ansatzweise in Frage gestellt. Dieses Modell bedingt auch und gerade in den einzelnen Kalenderwochen, wie ausgeführt, höchst unterschiedliche und notwendigerweise stark schwankende wöchentliche Arbeitszeiten, wie im Übrigen auch aus der Aufstellung des Klägers über die betreffenden Zeiträume (Schriftsatz vom 25.10.2021 S. 15 f.) deutlich wird. Zu berücksichtigen ist aus Sicht der Kammer insoweit auch, dass die Opt-Out-Erklärung des Klägers unter Nr. 6 einen Widerruf bzw. eine Kündigung vorsieht. Zwar ist eine solche im Einklang mit § 4 Abs. 4 Satz 1 BayAzV nur mit einer Frist von sechs Monaten zum Ablauf eines Kalenderhalbjahres möglich; die Vereinbarkeit dieser Frist mit Unionsrecht ist ungeklärt (vgl. BayVGh, U.v. 14.9.2018 – 3 BV 15.2492 – juris Rn. 35). Gleichwohl wird hieraus deutlich, dass, sollte der Kläger mit der Höhe seiner Arbeitszeit nicht einverstanden sein, insoweit vor allem die von ihm abgegebene Opt-Out-Erklärung und das ihr zugrundeliegende Schichtdienstmodell inmitten steht, so dass seine Rüge betreffend die Höhe seiner Arbeitszeit erkennen hätte lassen müssen, mit dieser Erklärung und diesen Grundlagen nicht einverstanden zu sein. Derartige hat der Kläger aber weder in den beiden genannten Schreiben noch sonst zum Ausdruck gebracht; vielmehr hat er der Beklagten noch im Klageverfahren das Auflaufen von „Minusstunden“ (also eine Beschäftigung mit weniger Stunden als in der Opt-Out-Erklärung vorgesehen) vorgehalten. Der Kläger kann nicht einerseits an der Opt-Out-Erklärung und dem ihr zugrundeliegenden Dienstmodell festhalten wollen, zugleich aber beanspruchen, seine Arbeitszeit betrage in jeder Kalenderwoche nur 50 Stunden. Dem kann der Kläger auch nicht entgegenhalten, mit seinen Einwendungen zum Bezugszeitraum habe er eine Arbeitszeit von (kalender-) wöchentlich nicht genau, sondern höchstens 50 Stunden beansprucht. Denn die Opt-Out-Erklärung sieht – wird nicht auf die „durchschnittliche“ wöchentliche Arbeitszeit abgestellt – eine Dienstverpflichtung von weniger als 50 Stunden pro Woche nicht vor. Dass der Kläger der Auffassung ist, jede Kalenderwoche (genau) 50 Stunden arbeiten zu müssen, lässt sich den beiden genannten Schreiben

nicht entnehmen. Vielmehr ist, wie ausgeführt, zu keinem Zeitpunkt erkennbar geworden, dass der Kläger an dem in der Opt-Out-Erklärung angelegten Dienstmodell mit stark schwankenden wöchentlichen Arbeitszeiten nicht festhalten will.

96

In die Rechtsprechung haben die vorstehenden Überlegungen insoweit Eingang gefunden, als das Festhalten am bisherigen Arbeitszeitmodell (Optout) als ein Gesichtspunkt dafür angesehen wurde, dass es an der erforderlichen vorigen Geltendmachung von Ansprüchen fehlte (BayVGh, B.v. 14.9.2018 – 3 BV 15.2492 – juris Rn. 43). Zwar war in jenem Fall das bisherige Arbeitszeitmodell, nachdem sich der Beamte bereits einmal wegen möglicher Ansprüche an den Dienstherrn gewendet hatte, von ihm ausdrücklich bejaht worden. Gleichwohl hat auch im vorliegenden Fall der Kläger nie – insbesondere nicht in den beiden genannten Schreiben – zu erkennen gegeben, dass er Änderungen an seinem bisherigen Dienstmodell und an der sich hieraus ergebenden ungleichen Verteilung von Arbeitszeiten – die gerade nicht zu Arbeitszeiten von (höchstens) 50 Stunden kalenderwöchentlich führt – wünscht.

97

Ferner betraf das Widerspruchsschreiben des Klägers vom 25. März 2020 nach den einleitenden Worten die „Art und Weise“, wie seitens der Beklagten „die Dienstzeiten [des Klägers] erfasst“ würden; die Dienstzeiterfassung sei aus mehreren Gründen rechtswidrig. Dies betrifft aber lediglich die Erfassung von Dienstzeiten auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers, die – wie ausgeführt – für die tatsächlich von ihm zu erbringende Arbeitsleistung nicht konstitutiv ist. Zwar mag der Kläger im Rahmen dieses Widerspruchsschreibens auch die genannte Rüge betreffend den Bezugszeitraum erhoben haben. Hinreichend klar dahin gehend, dass der Kläger zum Ausdruck bringen wollte, er halte den zeitlichen Umfang der von ihm zu leistenden Dienste in dem vorstehenden Sinne für hoch, waren seine Einwendungen aber nicht.

98

Zu berücksichtigen ist auch, dass die Rügeobliegenheit dazu dient, dem Dienstherrn die Möglichkeit zu geben, auf die Behauptung, es liege ein rechtswidriger Zustand vor, zu reagieren. Dadurch soll zunächst eine Prüfung des Dienstherrn veranlasst werden, ob eine Änderung der Arbeitszeitgestaltung erforderlich ist und ob eine rechtswidrige Zuvielarbeit – etwa durch Anpassung der maßgeblichen Dienstpläne – vermieden oder durch die Gewährung von Freizeitausgleich kompensiert werden kann. Auch hinsichtlich der möglichen finanziellen Ausgleichspflicht hat der Dienstherr ein berechtigtes Interesse daran, nicht nachträglich mit unvorhersehbaren Zahlungsbegehren konfrontiert zu werden (vgl. BVerwG, U.v. 17.2.2022 – 2 C 5.21 – juris Rn. 24). Insofern folgt die Rügeobliegenheit aus der allgemein bei Rechtsverletzungen geltenden Schadensminderungspflicht des Gläubigers. Sie ist zugleich Ausdruck des Grundsatzes, dass Beamte auf die finanziellen Belastungen des Dienstherrn und dessen Gemeinwohlverantwortung Rücksicht zu nehmen haben (vgl. BVerwG, U.v. 26.7.2012 – 2 C 70.11 – juris Rn. 22). Gerade auch unter Berücksichtigung dieses Zwecks erfüllen die fraglichen Schreiben des Klägers nicht die Anforderungen an die erforderliche Geltendmachung von Ansprüchen. Der Kläger hat zwar den Bezugszeitraum beanstandet; dass er der Auffassung war, seine kalenderwöchentliche Arbeitszeit habe entgegen dem Schichtdienstmodell, welches Grundlage der Opt-Out-Erklärung ist, durchgehend 50 Stunden zu betragen, lässt sich ihnen nicht entnehmen. Insofern blieb für die Beklagte als Dienstherrin völlig offen, inwieweit sie Dienstpläne hätte ändern, Freizeitausgleich gewähren oder sich auf Zahlungsansprüche hätte einstellen müssen.

99

2.4.2 Die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche ergeben sich auch nicht aus dem beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruch. Dieser setzt, auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützt, als Billigkeitsanspruch eine rechtswidrige Inanspruchnahme des Beamten über die höchstens zulässige Arbeitszeit hinaus voraus. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Dienstherr einen Beamten auf der Grundlage einer rechtswidrig zu hoch festgesetzten regelmäßigen Arbeitszeit zum Dienst heranzieht (vgl. BVerwG, U.v. 13.10.2022 – 2 C 24.21 – juris Rn. 15 m.w.N.).

100

2.4.2.1 Zwar entsteht der beamtenrechtliche Ausgleichsanspruch nicht erst bei einem hinreichend qualifizierten, sondern bereits bei einem einfachen Verstoß gegen das Unionsrecht (vgl. BVerwG, B.v. 2.7.2019 – 2 B 78.18 – juris Rn. 12 m.w.N.). Allerdings steht hier unter Berücksichtigung der unter

2.4.1.1.2.2 angeführten Rechtsprechung insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts bereits ein einfacher Verstoß gegen Unionsrecht nicht fest.

101

2.4.2.2 Im Übrigen fehlt es auch insoweit an einer zureichenden vorherigen Geltendmachung bzw. Rüge (zum Erfordernis der zeitnahen Geltendmachung auch beim beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruch vgl. etwa BVerwG, U.v. 17.2.2022 – 2 C 5.21 – juris Rn. 24 ff. m.w.N.). Hinsichtlich der Anforderungen bestehen keine Unterschiede zum unionsrechtlichen Haftungsanspruch (vgl. BVerwG, U.v. 19.4.2018 – 2 C 40.17 – BVerwGE 161, 377 – juris Rn. 24 ff.; U.v. 20.7.2017 – 2 C 31.16 – BVerwGE 159, 245 – juris Rn. 43 ff.). Insoweit wird daher auf die Ausführungen unter 2.4.1.2 verwiesen. Da es sich bei dem beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruch um einen auf Treu und Glauben gestützten Billigkeitsanspruch handelt, fällt hier besonders ins Gewicht, dass der Kläger mit seiner Klage Ansprüche wegen Überschreitung einer Arbeitszeit von 50 Stunden in einzelnen Kalenderwochen geltend macht, andererseits aber nicht ansatzweise erkennen ließ (und lässt), er wolle sich von dem bisherigen Schichtdienstmodell, welches Grundlage der Opt-Out-Erklärung ist, lösen, so dass sich der Kläger seinerseits treuwidrig, nämlich widersprüchlich, verhält.

102

2.5 Die mit dem Klageantrag 5. (hauptsächlich bzw. hilfsweise) geltend gemachten Ansprüche auf Zeitgutschriften, Freizeitausgleich und Entschädigung bestehen ebenfalls nicht. Zwar kann sich ein Anspruch auf Gutschrift auf dem Arbeitszeitkonto für die Zeit krankheitsbedingter Dienstabwesenheit aus dem Grundsatz ergeben, dass ausgefallener Dienst vom Beamten nicht nachzuholen ist (vgl. BVerwG, U.v. 22.6.2023 – 2 C 19.21 – juris, LS 2). Die Behandlung von Krankheitszeiten auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers ist jedoch nicht zu beanstanden; insbesondere nicht, dass Sollarbeitsstunden für die (Krankheits-) Tage angesetzt wurden, an denen der Kläger nach dem Dienstplan keinen Dienst zu leisten gehabt hätte.

103

Ausweislich der von der Beklagten exemplarisch vorgelegten Stundennachweise des Klägers (Anlagen zu den Schriftsätzen vom 30.11.2023 und vom 11.12.2023), der schlüssigen Ausführungen der Beklagten im Widerspruchsbescheid vom 17. Juni 2021 (S. 2) und gemäß Nr. 4 der Dienstvereinbarung über ein angepasstes Modell zur Berechnung der Soll- und Ist-Arbeitszeiten vom 13. Mai 2013 wird die Arbeitszeit des Klägers im Falle seiner Dienstunfähigkeit – wie geboten (vgl. BVerwG, B.v. 26.11.2012 – 2 B 2.12 – juris Rn. 13; U.v. 1.4.2004 – 2 C 14.03 – juris Rn. 17) – nicht anders erfasst als wenn er dienstfähig gewesen wäre: Die Zeit, in denen er nach dem Dienstplan tatsächlich Dienst zu leisten gehabt hätte, insbesondere die 24-Stunden-Dienste, werden ihm als Arbeitszeit gutgeschrieben. Gleichzeitig erfolgt auf dem Arbeitszeitkonto – ebenfalls nicht anders, als wenn er dienstfähig gewesen wäre – ein Soll-Ansatz von 50 Stunden pro Woche (je zehn Stunden werktätlich Montag bis Freitag). Dies hat zwar zur Folge, dass an Tagen, an denen der Kläger nach dem Dienstplan keinen Dienst zu leisten gehabt hätte, lediglich der Soll-Ansatz von jeweils zehn Stunden erfolgt (zehn „Minusstunden“). Darin liegt aber keine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Dienstunfähigkeit, denn ein solches „Minus“ hätte sich auch ergeben, wenn der Kläger dienstfähig gewesen und an diesen Tagen – gemäß Dienstplan – keinen Dienst geleistet hätte. Die vom Kläger beanstandeten Buchungsdifferenzen waren also nicht Folge seiner Erkrankung, sondern sie wären im Falle seiner Dienstpflichterfüllung in gleicher Weise entstanden. Die Ursache dieser Buchungsdifferenzen ist vielmehr seine schichtspezifisch ungleich verteilte zeitliche Inanspruchnahme.

104

Würde, obwohl der Kläger bei Dienstfähigkeit nach dem Dienstplan keinen Dienst zu leisten gehabt hätte, eine Arbeitszeit von zehn Stunden gutgeschrieben oder keine Soll-Arbeitszeit gebucht (das Arbeitszeitkonto für die betreffenden Tage also ausgeglichen), stünde er im Falle der Dienstunfähigkeit vielmehr besser, als wenn er dienstfähig gewesen wäre (BVerwG, B.v. 26.11.2012 – 2 B 2.12 – juris Rn. 10 ff., insbesondere Rn. 13 ff. zu einer Differenz zwischen der Dauer der nach dem Dienstplan zu leistenden Schicht und der regelmäßigen Tagesarbeitszeit). Eine unzulässige Besserstellung des dienstunfähigen Beamten durch eine Zeitgutschrift läge bei wach- (bzw. hier dienst-) freien Tagen sogar in verstärktem Umfang vor (vgl. BVerwG, a.a.O., juris Rn. 15). Mithin besteht im Krankheitsfall innerhalb einer verbindlichen Dienstplanung kein Anspruch auf Gutschrift arbeitsfreier, d.h. nicht im Schichtplan als Dienst ausgewiesener Zeiten (vgl. BVerwG, B.v. 22.6.2023 – 2 C 19.21- juris Rn. 24). Ist ein Beamter an einem Tag, an dem er nach dem Dienstplan keinen Dienst zu leisten hat, arbeitsunfähig erkrankt, geht dies vielmehr, vergleichbar einer

Erkrankung während eines arbeitsfreien Wochenendes, zu seinen Lasten (vgl. BVerwG, B.v. 26.11.2012 – 2 B 2.12 – juris Rn. 12).

105

Zwar mag es sein, dass der Kläger, weil im Falle einer Erkrankung nur die Dienste, die er nach dem Dienstplan tatsächlich gesichert geleistet hätte (24-Stunden-Dienste und Tagesdienste), nicht aber die so genannten „variablen“ Dienste (kurzfristige bedarfsbedingte Leistung eines 24-Stunden-Diensts), als Arbeitszeit erfasst werden, weniger Arbeitszeit gutgeschrieben bekommt als wenn er dienstfähig gewesen und er (bei entsprechendem kurzfristigem Bedarf) weitere 24-Stunden-Dienste geleistet hätte. Dies ist jedoch hinzunehmen. Zwar mag es Erfahrungswerte geben, inwieweit im Dienstplan eingetragene „variable“ Dienste in der Praxis zu 24-Stunden-Diensten führen. Gleichwohl würde eine Zeitgutschrift für die Fälle, in denen der Kläger möglicherweise zu weiteren 24-Stunden-Diensten herangezogen worden wäre, auf spekulativer Grundlage beruhen. Ein allgemeines Verschlechterungsverbot, nach dem der Beamte im Krankheitsfall in jeder Hinsicht so zu stellen ist, als hätte er Dienst geleistet, existiert auch nicht (vgl. BVerwG, B.v. 22.6.2023 – 2 C 19.21- juris Rn. 25).

106

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Da der Kläger unterliegt, konnte auch die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren nicht gem. § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO für notwendig erklärt werden. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.