



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 70.11
OVG 4 B 13.11

Verkündet
am 26. Juli 2012
Melzer
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juli 2012
durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz und Dr. von der Weiden,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen sowie
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Dr. Kenntner

am 26. Juli 2012 für Recht erkannt:

Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für die in der
Zeit vom 1. November 2001 bis 31. Dezember 2006 zuviel
geleistete Arbeit von insgesamt 945 Stunden Entschädi-
gung in Geld nach dem jeweils geltenden Stundensatz für
die Mehrarbeitsvergütung zu zahlen.

Die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Branden-
burg vom 18. Oktober 2011 und des Verwaltungsgerichts
Berlin vom 5. November 2010 werden aufgehoben, soweit
sie dem entgegen stehen.

Im Übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewie-
sen.

Der Kläger und der Beklagte tragen jeweils die Hälfte der
Kosten des Verfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger steht als Hauptbrandmeister im Dienst des Beklagten. Er verlangt einen Ausgleich für vom 1. November 2001 bis 31. Dezember 2006 über 48 Stunden in der Woche hinaus geleisteten Dienst. In dieser Zeit betrug die Wochenarbeitszeit bei der Berliner Feuerwehr im 24-Stunden-Dienst einschließlich des Bereitschaftsdienstes durchschnittlich 55 Stunden.

- 2 Nachdem seine 2001 und 2007 gestellten Anträge auf Ausgleich der Zuvielarbeit nicht beschieden worden waren, hat er im Dezember 2007 Klage auf Freizeitausgleich, hilfsweise Mehrarbeitsvergütung erhoben. Die Klage hat in der Berufungsinstanz mit dem Hilfsantrag in Höhe von 9 253,60 € teilweise Erfolg gehabt. Zur Begründung hat das Oberverwaltungsgericht im Wesentlichen ausgeführt:

- 3 Die Festsetzung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst auf 55 Stunden habe gegen Unionsrecht verstoßen. Der Kläger habe deshalb seit dem 1. Januar 2004 einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch, da seitdem ein qualifizierter Verstoß gegen Unionsrecht anzunehmen sei. Eines Antrages bedürfe es nicht, sodass dahinstehen könne, ob der Kläger bereits 2001 einen solchen gestellt habe. Für die Zeit vor dem 1. Januar 2004 sei der Anspruch verjährt. Umfang und Höhe des Ausgleichsanspruchs richteten sich nach dem beamtenrechtlichen Billigkeitsausgleich des deutschen Rechts. Danach sei vorrangig Freizeitausgleich zu gewähren. Da dieser nicht allen anspruchsberechtigten Berliner Feuerwehrbeamten ohne Gefährdung der Einsatzbereitschaft der Feuerwehr gewährt werden könne, sei ein Ausgleich durch Geldzahlung geboten. Auszugleichen sei jede Stunde, die der Beamte monatlich über die ohne Ausgleich höchstzulässige Mehrarbeit von fünf Stunden im Monat hinaus Dienst geleistet habe. Der finanzielle Ausgleich sei in Anlehnung an die Vergütung für Mehrarbeit zu gewähren. Diese sei um ein Sechstel zu reduzieren, weil sie auf der Grundlage einer 40-Stunden-Woche berechnet werde, während es um einen Ausgleich für über 48 Stunden in der Woche hinaus geleisteten Dienst gehe. Danach seien beim Kläger 688 Stunden mit 13,45 € auszugleichen.

- 4 Mit der hiergegen gerichteten Revision beantragt der Kläger,

den Beklagten zu verpflichten, ihm für die in der Zeit vom 1. November 2001 bis 31. Dezember 2006 zuviel geleistete Arbeit von insgesamt 1 627,5 Stunden Entschädigung in Geld nach dem jeweils geltenden Stundensatz für die Mehrarbeitsvergütung zu zahlen, hilfsweise Freizeitausgleich zu gewähren, und die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 18. Oktober 2011 und

des Verwaltungsgerichts Berlin vom 5. November 2010 aufzuheben, soweit sie dem entgegen stehen.

5 Der Beklagte tritt dem entgegen und beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.

II

6 Die Revision ist teilweise begründet. Der Kläger kann für den vom Berufungsgericht zuerkannten Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2006 einen finanziellen Ausgleich im Umfang von 945 Stunden nach den im Zeitraum der Zuvielarbeit jeweils geltenden Sätzen der Mehrarbeitsvergütung verlangen. Soweit das Berufungsgericht demgegenüber vom monatlich zuviel geleisteten Dienst fünf Stunden abgezogen und zudem die Mehrarbeitsvergütung um ein Sechstel reduziert hat, verstößt das Berufungsurteil gegen revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, § 127 Nr. 2 BRRG, § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamtStG). Die Revision ist jedoch unbegründet, soweit der Kläger auch für Abwesenheitszeiten und für vor dem 1. Januar 2004 liegende Zeiten Ansprüche geltend macht.

7 Der Kläger hat vom 1. November 2001 bis 31. Dezember 2006 regelmäßig anstelle der unionsrechtlich höchstens zulässigen 48 Wochenstunden 55 Stunden Dienst geleistet. Dies verstieß gegen Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (RL 93/104/EG, ABI EG Nr. L 307 vom 13. Dezember 1993 S. 18) sowie Art. 6 Buchst. b der insoweit inhaltsgleichen Nachfolge-Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (RL 2003/88/EG, ABI EG Nr. L 299 vom 18. November 2003 S. 9, Arbeitszeitrichtlinie), sodass die entgegenstehenden Bestimmungen des Arbeitszeitrechts des Beklagten wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts außer Betracht zu bleiben haben (Urteil vom 25. März 2010 - BVerwG 2 C 72.08 - BVerwGE 136, 165 = Buchholz 239.1 § 6 BeamtVG Nr. 6 jeweils Rn. 28). Nach der Begriffsbestimmung des Art. 2

Nr. 1 RL 2003/88/EG sowie Art. 2 Nr. 1 RL 93/104/EG sind Zeiten des Bereitschaftsdienstes in vollem Umfang in die Berechnung der wöchentlichen Arbeitszeit einzubeziehen, da die Beamten in der Dienststelle anwesend und jederzeit einsatzbereit sein mussten. Die Umsetzungsfrist der im Wesentlichen wortgleichen Vorgängerrichtlinie war bereits seit 1996 abgelaufen (Art. 18 Abs. 1 Buchst. a RL 93/104/EG). Eine Rechtfertigung der unionsrechtswidrigen Zuvielarbeit als Mehrarbeit war nicht möglich (vgl. Urteil vom 29. September 2011 - BVerwG 2 C 32.10 - BVerwG 140, 351 Rn. 11 - 14 m.w.N.).

- 8 Für diese unionsrechtswidrig geleistete Zuvielarbeit stehen dem Kläger ein unionsrechtlicher (1) und ein beamtenrechtlicher Ausgleichsanspruch (2) zu. Die beiden Ansprüche unterscheiden sich zwar in ihren Voraussetzungen, sind aber in der Rechtsfolge (3) gleichgerichtet. Danach ist die pauschal zu errechnende Zuvielarbeit (4) ohne Abzüge auszugleichen, und zwar vorrangig durch Freizeit, hier ausnahmsweise durch Geld (5). Der Geldausgleich ist in Anlehnung an die zum jeweiligen Zeitpunkt der Zuvielarbeit geltenden Stundensätze für Mehrarbeit im Vollzeitdienst zu gewähren (6). Allerdings sind die Ansprüche des Klägers für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2004 verjährt (7).
- 9 1. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch entsteht nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Union (EuGH), wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, verleiht dem Geschädigten Rechte (a), der Verstoß gegen diese Norm ist hinreichend qualifiziert (b), und zwischen dem Verstoß und dem Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang (c). Diese von den nationalen Gerichten zu prüfenden Voraussetzungen sind gegeben (vgl. zum Ganzen: EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Rs. C-429/09, Fuß - NZA 2011, 53 Rn. 47 f. m.w.N.).
- 10 a) Die erste Voraussetzung liegt vor. Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG sowie Art. 6 Buchst. b RL 2003/88/EG verleihen mit der Festsetzung einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit dem Einzelnen Rechte, die dieser nach Ablauf der Frist zur Umsetzung in das Arbeitszeitrecht des Beklagten unmittelbar vor den natio-

nen Gerichten geltend machen kann (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 49 f.).

- 11 b) Die Überschreitung der unionsrechtlich vorgegebenen Wochenarbeitszeit begründet bereits seit 1. November 2001 einen hinreichend qualifizierten Verstoß.
- 12 Ein derartiger Verstoß liegt vor, wenn der Mitgliedstaat die Grenzen, die seinem Umsetzungsermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat. Ob und wann dies der Fall ist, hängt unter anderem davon ab, wie eindeutig die verletzte Vorschrift ist und wie viel Spielraum dem Mitgliedstaat bei der Umsetzung eingeräumt ist. Ist eine Vorschrift der Auslegung fähig und bedürftig, ist ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht erst dann anzunehmen, wenn die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs verkannt worden ist (vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 51 f. m.w.N.).
- 13 Die Festsetzung der Höchstarbeitszeit (48 Stunden in der Woche) durch Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG sowie Art. 6 Buchst. b RL 2003/88/EG ist eindeutig. Sie war gemäß Art. 18 Abs. 1 Buchst. a RL 93/104/EG bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist am 23. November 1996 im nationalen Recht zu verankern. Seit dem Urteil des Gerichtshofs der Union vom 3. Oktober 2000 - Rs. C-303/98, Simap - (Slg. 2000, I-7997) stand zudem fest, dass nach Art. 2 Nr. 1 RL 93/104/EG bei der Festsetzung von Höchstarbeitszeiten Bereitschaftsdienst wie Volldienst zu werten ist. In der Nachfolgerichtlinie ist auch diese Vorschrift wortgleich in Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG übernommen worden. Damit hätte spätestens zum 1. Januar 2001 das Arbeitszeitrecht für die Landesbeamten durch den Beklagten als umsetzungspflichtigen Landesgesetz- und Verordnungsgeber angepasst werden müssen. Dieser Verpflichtung ist der Beklagte während des hier streitigen Zeitraums nicht nachgekommen (vgl. § 35 Abs. 3 Satz 1 und 2 LBG Bln a.F. sowie § 6 Abs. 1 AZVO Bln), obwohl der Gerichtshof diese Rechtsprechung noch mehrfach bestätigt hat (EuGH, Urteile vom 9. September 2003 - Rs. C-151/02 Jaeger - Slg. 2003, I-08415 und vom 5. Oktober 2004 - verb. Rs. C-397/01 bis 403/01, Pfeiffer u.a. - Slg. 2004, I-8878; Beschlüsse vom

3. Juli 2001 - Rs. C-241/99 CIG - Slg. 2001, I-5141 und vom 14. Juli 2005 - Rs. C-52/04 Personalrat der Feuerwehr Hamburg - Slg. 2005, I-7113). Ungeachtet der fehlenden Umsetzung der Richtlinie waren Behörden und Gerichte aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gehalten, die Vorgaben der Richtlinie zu befolgen und entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen. Ein Träger öffentlicher Gewalt ist auch in seiner Eigenschaft als öffentlicher Arbeitgeber zur Umsetzung des Unionsrechts verpflichtet (EuGH, Urteile vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 39 und 85 sowie vom 15. April 2008 - Rs. C-268/06, Impact - Slg. 2008, I-02483 Rn. 85). Danach hat der Beklagte nicht nur in seiner Eigenschaft als zuständiger Normgeber durch dessen Nichtumsetzung hinreichend qualifiziert gegen das Unionsrecht verstoßen, sondern auch in seiner Eigenschaft als Dienstherr durch die Nichtbeachtung des Anwendungsvorrangs.

- 14 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts musste nicht erst durch den EuGH geklärt werden, dass die Arbeitszeitrichtlinien auch den Dienst bei der Feuerwehr erfassen. Der Wortlaut der Richtlinien ist insoweit eindeutig. Eines zusätzlichen Indizes für das Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes bedarf es deshalb nicht. Insbesondere hängt die Anwendbarkeit des Unionsrechts nicht davon ab, dass sie vom EuGH für jede einzelne Vorschrift und für jede von den beiden Richtlinien erfasste Beschäftigtengruppe gesondert festgestellt wird. Ob eine eindeutige Vorschrift des Unionsrechts vorliegt, deren Nichtbeachtung die unionsrechtliche Staatshaftung auslöst, ist anhand objektiver Kriterien, für deren Feststellung auf die Rechtsprechung des EuGH zurückzugreifen ist, zu ermitteln; auf ein Verschulden des Mitgliedstaates kommt es nicht an. Deshalb ist es unerheblich, ob der Mitgliedstaat durch seine Organe (so hier der Bundesrat mit Beschluss vom 2. April 2004 - BRDrucks 105/04 -), Behörden oder Gerichte (wie hier insbesondere BAG, Urteil vom 29. Mai 2002 - 5 AZR 370/01 - PersV 2002, 457 ff. und BVerwG, Beschluss vom 17. Dezember 2003 - BVerwG 6 P 7.03 - BVerwGE 119, 363 ff. = Buchholz 451.9 Art. 234 EG-Vertrag Nr. 2) die Anwendung der Richtlinien auf den Feuerwehrdienst für zweifelhaft gehalten oder sogar verneint haben.

- 15 Der Beklagte hatte zur Rechtfertigung seines Verhaltens darauf abgestellt, dass er den Feuerwehrdienst nach Art. 2 Abs. 2 Unterabs. 1 der Rahmenrichtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (ABI EG L 183 S. 1) als von der Anwendung der Arbeitszeitrichtlinien ausgenommen halten durfte. Mit dem EuGH ist demgegenüber festzustellen, dass die Vorschriften insoweit eindeutig und klar sind und keinen Raum für vernünftige Zweifel lassen (Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 54, 57 f., Beschluss vom 14. Juli 2005 - Personalrat der Feuerwehr Hamburg - a.a.O. Rn. 36).

- 16 Bereits nach ihrem eindeutigen Wortlaut erfasst die Ausnahmegvorschrift des Art. 2 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG keine ganzen Tätigkeitsfelder, sondern nur Ausschnitte („spezifische Tätigkeiten bei den Katastrophenschutzdiensten“). Deshalb hatte der EuGH bereits im Urteil vom 3. Oktober 2000 - Simap - a.a.O. (Rn. 35) ausgeführt, dass diese Ausnahmegvorschrift eng auszulegen ist. Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof während des hier streitigen Zeitraums noch mehrfach bestätigt (EuGH, Urteile vom 9. September 2003 - Jaeger - a.a.O. Rn. 89 und vom 5. Oktober 2004 - Pfeiffer u.a. - a.a.O. Rn. 52 ff.; Beschlüsse vom 3. Juli 2001 a.a.O. - CIG - Rn. 28 ff. und vom 14. Juli 2005 - Personalrat der Feuerwehr Hamburg - a.a.O. Rn. 42 ff.), wobei er dies in dem Urteil vom 5. Oktober 2004 - Pfeiffer u.a. - (Rn. 52 ff.) näher mit dem Hinweis auf den Wortlaut begründet und im Beschluss vom 14. Juli 2005 - Personalrat der Feuerwehr Hamburg - (Rn. 42, 48) sogar ausdrücklich in Bezug auf den Feuerwehrdienst festgestellt hat.

- 17 Im Übrigen erwähnt Art. 17 Abs. 2 Nr. 2.1 Buchst. c Ziff. iii RL 93/104/EG unter anderem ausdrücklich die Feuerwehrdienste, ebenso die Nachfolgerichtlinie in Art. 17 Abs. 3 Buchst. c Ziff. iii RL 2003/88/EG. Diese Erwähnung wäre überflüssig, wenn die betreffende Tätigkeit bereits ganz vom Anwendungsbereich der beiden Arbeitszeitrichtlinien ausgeschlossen wäre. Sie belegt im Gegenteil eindeutig, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Richtlinie auf den Feuerwehrdienst festgelegt, zugleich aber vorgesehen hat, dass unter außergewöhnlichen Umständen von einzelnen Bestim-

mungen der Richtlinie - hier insbesondere vom kürzeren Bezugszeitraum, nicht aber von der 48-Stunden-Grenze - abgewichen werden kann (vgl. EuGH, Beschluss vom 14. Juli 2005 - Personalrat der Feuerwehr Hamburg - a.a.O. Rn. 60, sowie Urteil vom 5. Oktober 2004 - Pfeiffer u.a. - a.a.O. Rn. 62 zu den in derselben Richtlinienvorschrift ebenfalls erwähnten Ambulanzdiensten).

- 18 c) Schließlich besteht unzweifelhaft ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen diese Richtlinien und dem Schaden, der durch den Verlust der Ruhezeit entstanden ist, die dem Kläger zugestanden hätte, wenn die in dieser Bestimmung vorgesehene wöchentliche Höchstarbeitszeit eingehalten worden wäre (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 59). Dabei ist es unerheblich, dass zusätzlicher Dienst eines Beamten und der damit verbundene Verlust an Freizeit und Erholungszeit nach nationalem Recht keinen Schaden im Sinne des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts darstellt (vgl. dazu Urteile vom 21. Februar 1991 - BVerwG 2 C 48.88 - BVerwGE 88, 60 <63 f.> = Buchholz 237.1 Art. 80 BayLBG Nr. 2 S. 4 f. m.w.N. und vom 28. Mai 2003 - BVerwG 2 C 28.02 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 38 S. 6 m.w.N.). Denn auch insoweit ist allein auf das Unionsrecht abzustellen, das hierin einen Schaden sieht (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Tenor 1 und Tenor 4 sowie Rn. 59, 61, 63).
- 19 d) An weitere Voraussetzungen - etwa an ein Antragserfordernis - ist der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch nicht gebunden (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 78, 84, 86 f., 90). Die im Urteil vom 29. September 2011 (- BVerwG 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 Rn. 20) zum Ausdruck kommende gegenteilige Ansicht gibt der Senat auf. Die Rechtsfolgen des unionsrechtlichen Ausgleichsanspruchs richten sich nach dem nationalen Recht, wobei Form, Art und Weise der Berechnung der Entschädigung in einem angemessenen Verhältnis zum Schaden stehen müssen, sodass ein effektiver Schutz der Rechte des Einzelnen gewährleistet ist. Danach ist es Sache des nationalen Rechts, ob der Schadensersatz in Form von Freizeitausgleich oder in Form einer finanziellen Entschädigung zu gewähren ist (vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 92 f. 94 ff. jeweils m.w.N.). Da der Verlust an Freizeit nach nationalem Recht kein Schaden ist, ist zur Ausfüllung

des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs auf die Rechtsfolgen aus dem nationalrechtlichen Billigkeitsanspruch zurückzugreifen.

- 20 2. Für die unionsrechtswidrig geleistete Zuvielarbeit steht dem Kläger daneben ein beamtenrechtlicher Ausgleichsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben i.V.m. den Regeln über einen Ausgleich von Mehrarbeit, hier § 35 Abs. 2 Satz 2 LBG Bln a.F. (entspricht § 53 Abs. 2 Satz 1 LBG Bln) zu (vgl. Urteile vom 29. September 2011 - BVerwG 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351, LS 1 und Rn. 8 f. und vom 28. Mai 2003 - BVerwG 2 C 28.02 - a.a.O. S. 6 f.). Der Billigkeitsanspruch setzt voraus, dass der Beamte rechtswidrig zuviel gearbeitet hat. Er kommt aber nur für rechtswidrige Zuvielarbeit in Betracht, die ab dem auf die erstmalige Geltendmachung folgenden Monat geleistet wurde (Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. LS 3 und Rn. 19 f.).
- 21 Das Oberverwaltungsgericht hat - im Hinblick auf die Verjährung folgerichtig - dahinstehen lassen, ob das Schreiben des Klägers vom Oktober 2001 ein „Antrag“ in diesem Sinne gewesen ist. Insoweit ist aber klarzustellen, dass normativ geregelte Ansprüche im Beamtenrecht nicht von einer Antragstellung abhängen. Nur wenn es um (nationalrechtliche) Ausgleichsansprüche geht, die nicht im Gesetz geregelt sind - wie der Anspruch auf Zeitausgleich bei rechtswidriger Zuvielarbeit -, bedarf es einer Geltendmachung im Sinne einer Rügeobliegenheit oder Hinweispflicht des Beamten. An die Rüge sind keine hohen Anforderungen zu stellen (Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 19). Es genügt, dass der Beamte schriftlich zum Ausdruck bringt, dass er die wöchentliche Arbeitszeit für zu hoch festgesetzt hält. Ein Antrag im rechtstechnischen Sinn ist nicht erforderlich. Insbesondere muss der Beamte nicht bereits Freizeitausgleich, hilfsweise finanziellen Ersatz beantragen oder gar die Ansprüche richtig benennen.
- 22 Diese Rügeobliegenheit dient dazu, eine Prüfung des Dienstherrn mit dem Ziel herbeizuführen, die Belange des Beamten zu berücksichtigen, und die Dienstpläne entsprechend anzupassen (Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 20). Zugleich muss sich der Dienstherr darauf einstellen können, dass ab diesem Zeitpunkt möglicherweise Ausgleichsansprüche auf ihn zukommen. In-

sofern 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 nehmen müssen (Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 19).

- 23 Die Verpflichtung des Beamten, dies zu rügen, gilt auch dann für den Ausgleichsanspruch, wenn er durch einen Verstoß gegen Unionsrecht ausgelöst wird. Der nationale Ausgleichsanspruch entsteht nicht erst bei einem hinreichend qualifizierten, sondern bereits bei einem einfachen Verstoß gegen das Unionsrecht. Deshalb tritt er zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch hinzu und ergänzt ihn im Vorfeld eines qualifizierten Verstoßes gegen das Unionsrecht. Der Beamte gibt dem Dienstherrn mit der Geltendmachung bereits vor dem Vorliegen eines qualifizierten Verstoßes Anlass zu prüfen, ob die Vorgaben der Richtlinie beachtet sind. Damit dient die Rügeobliegenheit gleichzeitig der effektiven Umsetzung des Unionsrechts zum frühest möglichen Zeitpunkt, denn das Unionsrecht verlangte von vornherein - und nicht etwa erst ab der erstmaligen Klärung durch den EuGH -, dass Bereitschaftsdienst wie Voll dienst bei der 48-Stunden-Woche anzurechnen ist.
- 24 3. Beide Ansprüche sind auf zeitlichen Ausgleich in angemessenem Umfang gerichtet. Dies gilt auch dann, wenn über mehrere Jahre Zuvielarbeit geleistet wurde (Urteile vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 9 und vom 28. Mai 2003 a.a.O. S. 6 f.). Als angemessen ist der zeitliche Ausgleich von Zuvielarbeit grundsätzlich dann anzusehen, wenn er ebenso lang ist wie der zuvor geleistete rechtswidrig geforderte Dienst. Zeiten des Bereitschaftsdienstes sind in vollem Umfang auszugleichen; ein Abzug von monatlich fünf ausgleichslos zu leistenden Stunden ist nicht zulässig (vgl. Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 15 - 18).
- 25 Eine geringere Gewichtung des Bereitschaftsdienstes oder ein Abzug von fünf Stunden monatlich wären kein voller Ausgleich für Zuvielarbeit über die wöchentliche Höchstarbeitszeit hinaus und würden dem Sinn und Zweck der unionsrechtlichen Arbeitszeitregelung widersprechen, die die wöchentliche Höchst-

arbeitszeit zum Schutz der Gesundheit und der Arbeitssicherheit festgelegt hat. Die Sanktionierung einer unionsrechtswidrigen Praxis würde zudem das Gebot verletzen, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu sichern, weil die Überschreitung der normativ festgelegten Höchstarbeitszeit in diesem Umfang folgenlos bliebe. Zwar sind Beamte grundsätzlich verpflichtet, in gewissem Umfang ausgleichslose Mehrarbeit zu leisten (vgl. § 35 Abs. 2 LBG Bln a.F., entspricht § 53 Abs. 2 Satz 1 LBG Bln, § 88 BBG). Dies gilt jedoch nur bei (rechtmäßiger) Mehrarbeit, nicht aber bei rechtswidrig angeordneter Zuvielarbeit (in Abkehr von den Urteilen vom 28. Mai 2003 - BVerwG 2 C 35.02 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 39 S. 9 und - BVerwG 2 C 28.02 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 38 S. 5). Unabhängig davon darf die unionsrechtlich verbindliche Höchstgrenze der wöchentlichen Arbeitszeit grundsätzlich nicht durch Mehrarbeitsstunden überschritten werden (Art. 6 Buchst. b RL 2003/88/EG sowie Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG); Abweichungen sind nur im Rahmen der unionsrechtlichen Bestimmungen zulässig (vgl. Art. 17, 18 und 22 RL 2003/88/EG sowie Art. 17 und 18 RL 93/104/EG).

- 26 4. Die Zuvielarbeit ist pauschal unter Abzug des sechswöchigen Urlaubsanspruchs sowie einer weiteren Woche für die Wochenfeiertage zu errechnen. Darüber hinausgehende Anwesenheitstage sind grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Abwesenheitszeiten aufgrund von Krankheit, Sonderurlaub, Abordnungen, Fortbildungen, etc. sind nur dann abzuziehen, wenn sie im Jahr einen erheblichen Umfang erreichen. Dies ist anzunehmen, wenn der Beamte deshalb mindestens in Höhe des Jahresurlaubs von sechs Wochen ununterbrochen keinen Feuerwehrdienst geleistet hat.
- 27 Danach sind von 52 Wochen im Jahr sieben Wochen abzuziehen, sodass der Berechnung der auszugleichenden Zuvielarbeit 45 Wochen mit je sieben Stunden zugrunde zu legen sind. Damit sind im Jahr bei der Berliner Feuerwehr 315 Stunden, und im Monat 26,25 Stunden, rechtswidrig zu viel gearbeitet worden. Abwesenheitszeiten in erheblichem Umfang sind nicht festgestellt, sodass im gesamten geltend gemachten Zeitraum beim Kläger 1 627,5 Stunden Zuvielarbeit angefallen sind.

- 28 5. Die so errechneten Zuvielarbeitsstunden sind vorrangig durch Freizeit auszugleichen. Kann aber aus vom Beamten nicht zu vertretenden Gründen ein Freizeitausgleich nicht in angemessener Zeit gewährt werden, so gebieten sowohl der an Treu und Glauben orientierte Interessenausgleich als auch der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz, dass die Ansprüche nicht untergehen, sondern sich in solche auf finanziellen Ausgleich umwandeln. Dies betrifft zunächst Fälle, in denen Feuerwehrbeamte nicht mehr in einem aktiven Beamtenverhältnis zur beklagten Körperschaft stehen. Dies gilt aber auch, wenn - wie hier - zwingende dienstliche Gründe der zeitnahen Gewährung von Freizeitausgleich entgegenstehen.
- 29 Insofern kann trotz des grundlegenden Unterschieds zwischen rechtmäßiger Mehrarbeit und rechtswidriger Zuvielarbeit auf die Vorschriften des Mehrarbeitsrechts zurückgegriffen werden, weil der Zweck des Ausgleichs von Mehrarbeit der gleiche ist wie derjenige von Zuvielarbeit. In beiden Fällen geht es um einen Ausgleich für eine überobligationsmäßige Heranziehung des Beamten zum Dienst. Hieraus ergibt sich zunächst die Verpflichtung, den Anspruch auf Freizeitausgleich zeitnah zu erfüllen, damit dieser seinen Zweck, die besonderen gesundheitlichen Belastungen der Zuvielarbeit auszugleichen, erreichen kann. Zudem kann ein Beamter nach jahrelangem Verstoß gegen die Arbeitszeitrichtlinien nicht darauf verwiesen werden, nun ebenso lange auf die Erfüllung seines Ausgleichsanspruchs zu warten. Deshalb ist zeitliche Grenze für die Erfüllung des Freizeitausgleichs der sich aus dem Mehrarbeitsrecht ergebende Jahreszeitraum (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BMVergV, § 35 Abs. 2 Satz 2 LBG Bln a.F., § 9 Abs. 1 AZVO Bln) nach der endgültigen Entscheidung über den Ausgleichsanspruch.
- 30 Kann aus zwingenden dienstlichen Gründen nicht innerhalb dieses Jahreszeitraums Freizeitausgleich gewährt werden, sieht das Mehrarbeitsrecht dessen Umwandlung in einen Geldanspruch vor (vgl. § 35 Abs. 2 Satz 3 LBG Bln a.F. <§ 53 Abs. 2 Satz 2 LBG Bln>, § 9 Abs. 2 AZVO Bln und § 3 Abs. 1 Nr. 3 BMVergV). Zwingende dienstliche Gründe liegen nur dann vor, wenn die Dienstbefreiung mit großer Wahrscheinlichkeit zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Dienstbetriebes führen würde (vgl. Urteil vom 30. März 2006

- BVerwG 2 C 23.05 - Buchholz 236.2 § 76c DRiG Nr. 1 Rn. 17 f. zu einer Teilzeitbeschäftigung).

- 31 Der Grad der Wahrscheinlichkeit der Gefährdung des Dienstbetriebs wird umso höher, je größer der Kreis der Anspruchsberechtigten ist und je länger die Zeiträume werden, für die eine Vielzahl von Beamten Ansprüche geltend machen können. Eine Kumulation von langjähriger Zuvielarbeit und einer Vielzahl Anspruchsberechtigter führt zwar allein noch nicht dazu, dass der Gewährung von Freizeitausgleich zwingende dienstliche Gründe entgegenstünden. In den Verwaltungsbereichen, die, wie die Feuerwehr, die Polizei und der Strafvollzug, der unmittelbaren Gefahrenabwehr dienen und mit denen der Staat Leib und Leben seiner Bürger unmittelbar schützt, ist nicht hinnehmbar, wenn der Sicherheitsstandard aufgrund fehlenden Personals über einen längeren Zeitraum herabgesenkt werden müsste. Deshalb genügt es für die Annahme einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Dienstbetriebes, wenn der Dienstherr plausibel darlegt, dass die Funktionsfähigkeit der Feuerwehr bei Gewährung von Freizeitausgleich gefährdet wäre, weil die zur Gefahrenabwehr erforderliche personelle Ausstattung nicht mehr erreicht werden könnte. Welche personelle Ausstattung erforderlich ist, unterfällt allerdings allein der Organisationsentscheidung des Dienstherrn.
- 32 Danach stehen einer Erfüllung der Freizeitausgleichsansprüche des Klägers zwingende dienstliche Gründe entgegen. Nach den gemäß § 137 Abs. 2 VwGO bindenden Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts können die Ausgleichsansprüche der Feuerwehrbeamten nicht binnen eines Jahres ohne Gefährdung der Einsatzbereitschaft der Berliner Feuerwehr erfüllt werden. Deshalb haben sich die Ansprüche des Klägers in solche auf Geldausgleich gewandelt.
- 33 6. Als Anknüpfungspunkt für den danach zu gewährenden Geldausgleich bieten sich allein die im jeweiligen Zeitpunkt der Zuvielarbeit geltenden Sätze der Mehrarbeitsvergütung an. Auf die Besoldung kann nicht zurückgegriffen werden, da diese kein Entgelt im Sinne einer Entlohnung für konkrete Dienste darstellt (stRspr, vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 30. März 1977 - 2 BvR 1039/75 u.a. - BVerfGE 44, 249 <264>, vom 15. Oktober 1985 - 2 BvL 4/83 - BVerf-

GE 71, 39 <63>, und vom 20. März 2007 - 2 BvL 11/04 - BVerfGE 117, 372 <380>), sondern vielmehr die Gegenleistung des Dienstherrn dafür ist, dass sich der Beamte mit voller Hingabe der Erfüllung seiner Dienstpflichten widmet (stRspr, vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 11. April 1967 - 2 BvL 3/62 - BVerfGE 21, 329 <345>, vom 15. Oktober 1985 a.a.O. S. 59 und vom 20. März 2007 a.a.O.). Sie ist nicht auf die Entlohnung von Arbeitsstunden, sondern auf die Sicherstellung einer amtsangemessenen Lebensführung gerichtet.

- 34 Bei dem Wertersatz geht es wie beim Freizeitausgleich, an dessen Stelle er tritt, um einen billigen sowie angemessenen Ausgleich, der zudem dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz entsprechen muss. Eine Ermäßigung des Ausgleichs durch eine geringere Gewichtung des Bereitschaftsdienstes (vgl. § 5 BMVergV) ist daher auch bei einer Umwandlung in einen Geldausgleich aus den bereits dargestellten Gründen unzulässig (vgl. zum Ganzen auch Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 16 f.). Deshalb darf entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Mehrarbeitsvergütung auch nicht um ein Sechstel reduziert werden. Die regelmäßige Arbeitszeit, auf deren Grundlage die Mehrarbeitsvergütung gewährt wird, beträgt auch für Feuerwehrbeamte 40 und nicht etwa 48 Stunden (vgl. § 1 Abs. 1 AZVO Bln). Zu einer Überschreitung dieser Stundenzahl kommt es nur aufgrund einer geringeren Gewichtung der Zeiten des Bereitschaftsdienstes (vgl. § 6 Abs. 1 AZVO Bln) gegenüber dem Volldienst durch den Landesverordnungsgeber, die aber bei der Bemessung der Mehrarbeitsvergütung ohne Bedeutung ist.
- 35 7. Nicht nur der nationalrechtliche Ausgleichsanspruch, sondern auch der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch unterliegt den Verjährungsregeln des nationalen Rechts (vgl. EuGH, Urteile vom 17. November 1998 - Rs. C-228/96, Aprile - Slg. 1998, I-7164 Rn. 19 m.w.N. und vom 11. Juli 2002 - Rs. C-62/00, Marks & Spencer - Slg. 2002, I-6348 Rn. 35 m.w.N.). Fehlen - wie hier - spezielle Verjährungsvorschriften des einschlägigen Fachrechts, so sind die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden. Dabei ist nach dem Gesamtzusammenhang der für den jeweiligen Anspruch maßgebenden Rechtsvorschriften und der Interessenlage zu beurteilen, welche Verjährungsregelung als die sachnächste analog heranzuziehen ist (vgl. Urteile

vom 15. Juni 2006 - BVerwG 2 C 10.05 - Buchholz 232 § 78 BBG Nr. 45 Rn. 19 m.w.N., vom 24. Januar 2007 - BVerwG 3 A 2.05 - BVerwGE 128, 99 Rn. 45 = Buchholz 11 Art. 104a GG Nr. 20 Rn. 45 m.w.N. und vom 11. Dezember 2008 - BVerwG 3 C 37.07 - BVerwGE 132, 324 Rn. 8 = Buchholz 428.2 § 8 VZOG Nr. 11 Rn. 8 m.w.N.).

- 36 Da es sich auch beim unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch nicht um einen Schadensersatzanspruch im Sinne der zivilrechtlichen Vorschriften (§ 199 Abs. 2 und 3 BGB) handelt, unterliegen beide Ansprüche den allgemeinen Verjährungsregelungen und damit nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren. Vorher entstandene Ansprüche unterlagen der 30-jährigen Verjährungsfrist, die aber nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 1 und 4 EGBGB auf die ab dem 1. Januar 2002 gemäß § 195 BGB geltende und an diesem Tage beginnende regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren verkürzt worden ist.
- 37 Bei den monatsweise entstandenen Ausgleichsansprüchen beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des jeweiligen Jahres (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Außerdem muss der Gläubiger von der Person des Schuldners und den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt haben oder diese ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Dass er aber auch aus dieser Kenntnis die richtigen Rechtsfolgerungen zieht, wird nicht vorausgesetzt. Selbst wenn man aber mit der zivilrechtlichen Rechtsprechung bei einer verworrenen Rechtslage die Verjährungsfrist ausnahmsweise erst mit einer gerichtlichen Klärung der Rechtslage beginnen ließe (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2008 - III ZR 220/07 - juris Rn. 7 - WM 2008, 1077 f.; Urteile vom 25. Februar 1999 - IX ZR 30/98 - juris Rn. 19 - LM BGB § 852 Nr. 150 <9/1999> und vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07 -, NJW-RR 2009, 547-549 <LS 1 Rn. 15 und 19>), führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Zwar hat der Senat den Billigkeitsausgleich erstmals im Urteil vom 28. Mai 2003 - BVerwG 2 C 28.02 - (Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 38, S. 6 f.) gewährt, jedoch hatte der EuGH bereits 1991 den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch entwickelt (EuGH, Urteil vom 19. November 1991 - Rs. C-6/90

und C 9/90, Francovich u.a. - Slg. 1991, I 5357 Rn. 35; vgl. auch Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 45). Ein hinreichend qualifizierter Verstoß des Beklagten gegen Unionsrecht ist zudem seit dem Urteil des EuGH vom 3. Oktober 2000 - Rs. C-303/98, Simap - (Slg. 2000, I-7997) anzunehmen, sodass spätestens seitdem hinreichende Anhaltspunkte dafür bestanden, dass ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch wegen der Zuvielarbeit erfolgversprechend sein könnte.

38 Der Lauf der Verjährungsfrist wird durch Klageerhebung oder durch den nach § 126 Abs. 3 BRRG im Beamtenrecht vorgeschalteten Widerspruch gemäß § 210 BGB a.F. unterbrochen sowie seit dem 1. Januar 2002 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 12 BGB gehemmt (vgl. Urteil vom 9. März 1979 - BVerwG 6 C 11.78 - juris Rn. 12, 13; Beschluss vom 14. April 2011 - BVerwG 2 B 27.10 - juris Rn. 18). Danach wurde die Verjährung der Ansprüche des Klägers erst durch die Klageerhebung gehemmt, sodass sie für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2004 verjährt sind. Deshalb kann der Kläger nur noch einen Ausgleich für 945 Stunden Zuvielarbeit verlangen.

39 Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Dr. Heitz

Dr. von der Weiden

Thomsen

Dr. Hartung

Dr. Kenntner

Beschluss vom 21. August 2012

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf (28 036,40 € - 9 253,60 € =) 18 782,80 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 und 3 GKG).

Dr. Heitz

Thomsen

Dr. Hartung

Sachgebiet: BVerwGE: nein

Beamtenrecht Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

LBG Bln a.F.	§ 35 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 und 2
AZVO Bln	§ 6 Abs. 1, § 9 Abs. 1 und 2
BMVergV	§ 3 Abs. 1 Nr. 3
RL 2003/88/EG	Art. 6 Buchst. b, Art. 2 Nr. 1, Art. 17 Abs. 3 Buchst. c Ziff. iii
RL 93/104/EG	Art. 6 Nr. 2, Art. 2 Nr. 1, Art. 18 Abs. 1 Buchst. a, Art. 17 Abs. 2 Nr. 2.1 Buchst. c Ziff. iii
RL 89/391/EWG	Art. 2 Abs. 2 Unterabs. 1
BGB	§ 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 und 3, § 204 Abs. 1 Nr. 12

Stichworte:

Feuerwehr; Mehrarbeit; Zuvielarbeit; Freizeitausgleich; Ausgleichsanspruch; Treu und Glauben; Angemessenheit; Effektivität; volle Wirksamkeit; Unionsrecht; Höchstarbeitszeit; Wochenarbeitszeit; regelmäßige Arbeitszeit; Bereitschaftsdienst; Vollarbeitszeit; ausgleichslose Mehrarbeit; unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch; hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Unionsrecht; Umsetzungsverpflichtung des Normgebers; Anwendungsvorrang des Unionsrechts; Antragserfordernis; Hinweis- oder Rügepflicht; Verjährung; zwingender dienstlicher Grund; Gefährdung der Einsatzbereitschaft der Feuerwehr; Umwandlung des Ausgleichsanspruchs in einen Geldanspruch; Verjährung.

Leitsätze:

1. Dienst, den Beamte über die unionsrechtlich höchstens zulässige wöchentliche Arbeitszeit hinaus leisten, muss in vollem Umfang ausgeglichen werden. Dies gilt auch für Zeiten des Bereitschaftsdienstes (im Anschluss an Urteil vom 29. September 2011 - BVerwG 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351).
2. Kann der Dienstherr die Freizeitausgleichsansprüche seiner Feuerwehrbeamten nicht binnen eines Jahres ohne Gefährdung der Einsatzbereitschaft der Feuerwehr erfüllen, so besteht ein Geldanspruch, dessen Höhe sich nach den jeweils geltenden Sätzen der Mehrarbeitsvergütung bemisst.
3. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch setzt keinen vorherigen Antrag beim Dienstherrn voraus.
4. Sowohl der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch als auch der nationalrechtliche Ausgleichsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben unterliegen der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren.

Urteil des 2. Senats vom 26. Juli 2012 - BVerwG 2 C 70.11 -

- I. VG Berlin vom 05.11.2010 - Az.: VG 26 A 2.08 -
- II. OVG Berlin vom 18.10.2011 - Az.: OVG 4 B 13.11 -