

per beA



Rechtsanwälte Wahl | Berliner Allee 54 | 13088 Berlin

Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg
Hardenbergstr. 31

10623 Berlin

Aktenzeichen - Bitte stets angeben:
169/18S13

Berlin, den 19.12.2024
D3/16345

- OVG 4 M [REDACTED]

Rechtsanwälte

**Michael Wahl
Dr. Susen Wahl**

Berliner Allee 54
13088 Berlin
Telefon + 49 (0) 30 92 70 –
680
Fax + 49 (0) 30 92 70 - 6899
mail@wahl-kanzlei.de
www.wahl-kanzlei.de

In der Verwaltungsstreitsache

[REDACTED] ./ Land Berlin

wird der Antrag auf Zulassung der Berufung hier wie folgt begründet, wobei darauf hingewiesen wird, dass die Antragsbegründung gegenüber den bisherigen Fällen erweitert wurde.

Der Kläger begehrt aufgrund eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs Entschädigung für seine unionsrechtswidrige Zuvielarbeit in der Zeit vom 01. Januar 2001 bis 31. Dezember 2004.

Er machte seinen Anspruch mit Schreiben vom 06. Juni 2001 geltend und beantragte Freizeitausgleich bzw. finanzielle Abgeltung. Nach zurückweisendem Bescheid vom 11. September 2013 und Widerspruchsbescheid vom 21. April 2021 verfolgt der Kläger seinen Anspruch für die Jahre 2001 bis 2004 gerichtlich weiter.

Der Kläger erhob am 07. Mai 2021 Klage. Die Klage wurde mit Urteil vom 30. September 2024 abgewiesen.

Der Kläger verfolgt seinen Staatshaftungsanspruch wegen unionsrechtswidriger Zuvielarbeit weiter.

Geschäftskonten

Deutsche Kreditbank AG – IBAN:
DE32 1203 0000 1058 2241 61

Berliner Sparkasse – IBAN:
DE92 1005 0000 0190 4460 64

Sammelanderkonto

Berliner Sparkasse – IBAN:
DE85 1005 0000 6603 0596 39

I. Anforderungen an die Zulassung

Zu den Anforderungen an die Zulassung der Berufung hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin mit Beschluss vom 17. Juni 2015 ausgeführt:

"1. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes dürfen die Anforderungen an die Geltendmachung der Zulassungsgründe nicht derart erschwert werden, dass die Möglichkeit, die Zulassung eines Rechtsmittels zu erstreiten, für den Rechtsmittelführer leer läuft. Entsprechendes gilt auch für die Auslegung und Anwendung der Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO.
2. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit einer Gerichtsentscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) sind schon dann begründet, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt worden sind." (Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, 109/14, Beschluss vom 17. Juni 2015, Orientierungssätze, zitiert nach juris)

Es muss ausreichend sein, dass ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumente in Frage gestellt wird. So auch das OVG für das Land Nordrhein-Westfalen in seiner Entscheidung vom 31. Mai 2024.

Stützt der Rechtsmittelführer seinen Zulassungsantrag auf den Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel, muss er sich mit den entscheidungstragenden Annahmen des Verwaltungsgerichts auseinandersetzen. Dabei muss er den tragenden Rechtssatz oder die Feststellungen tatsächlicher Art bezeichnen, die er mit seinem Antrag angreifen will, und mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage stellen. (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 31. Mai 2024 – 10 A 2412/22 –, Rn. 3, juris)

Das Antragsverfahren ist keine Vorwegnahme des Berufungsverfahrens.

II. Zweifel an der Richtigkeit des Urteils

Im vorliegenden Fall werden ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO geltend gemacht.

Der angegriffene Bescheid ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten.

Klar festgestellt, weil unstreitig, hat das Verwaltungsgericht Berlin, dass

dem Kläger ein Staatshaftungsanspruch wegen unionsrechtswidriger Zuvielarbeit zusteht.

Der Verjährungsbeginn war aufgrund der unsicheren und zweifelhaften Rechtslage, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermochte, bis zur Entscheidung des EuGH im Jahr 2005 über den Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2003, jedenfalls aber bis in das Jahr 2005 hinausgeschoben (**A.**). Selbst bei unterstellter Verjährung ist dem Beklagten das Berufen auf die Einrede der Verjährung verwehrt (**B.**).

Die strukturierte und umfassende Prüfung des Effektivitätsgrundsatzes lässt kein anderes Ergebnis zu (**C.**)

Zur Vermeidung von Verweisen nach *unten* wird zur besseren Lesbarkeit zuerst die Problematik des Verjährungsbeginns geprüft, dann der Effektivitätsgrundsatz.

A. Verjährungsbeginn

Unstrittig ist, dass der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren unterliegt.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts Berlin ist der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch des Klägers jedoch nicht mit Ablauf des Jahres 2007 verjährt.

Im vorliegenden Fall geht es um den Beginn der Verjährungsfrist und die Zumutbarkeit der Klageerhebung.

„Zumutbarkeit bedeutet dabei, dass es dem Anspruchsberechtigten Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos möglich sein muss, Klage zu erheben.

zur Zumutbarkeit der Klageerhebung als Voraussetzung für den Verjährungsbeginn: BGH, Urteil vom 15.3.2016 – XI ZR 122/14 –, juris-Rdnr. 28; BGH, Urteil vom 7.12.2010 – XI ZR 348/09 –, juris, Rdnrn. 14 ff.; BGH, Urteil vom 23.9.2008 – XI ZR 262/07 –, NJW-RR 2009, 132, u.a., zitiert nach juris, Rdnr. 15; BGH, Urteil vom 25.2.1999 – IX ZR 30/98 –, juris; BVerwG, Urteil vom 30.10.2014 – 2 C 3/13 –, BVerwGE 150, 255 ff., juris-Rdnr. 52, (zur Ausschlussfrist des § 15 Abs. 2 AGG)

Eine Zumutbarkeit der Klageerhebung im vorgenannten Sinne als

Voraussetzung für den Verjährungsbeginn hat die Rechtsprechung bereits in den Fällen verneint, in denen sich der Anspruchsberechtigte infolge einer unsicheren und zweifelhaften Rechtslage gehindert sah, (mit Aussicht auf Erfolg) Klage zu erheben. In einem solchen Fall beginnt die Verjährung erst mit der objektiven - höchstrichterlichen - Klärung der betreffenden Rechtsfrage(n).

BGH, Urteil vom 7.12.2010 – XI ZR 348/09 –, juris, Rdnrn. 14 ff.; BGH, Urteil vom 23.9.2008 – XI ZR 262/07 –, a.a.O., juris-Rdnr. 15; BVerwG, Beschluss vom 20.12.2010 – 2 B 44/10 –, juris; OVG des Saarlandes, Beschluss vom 29.4.2015 – 1 A 307/14 –, juris, Rdnr. 18; OVG des Saarlandes, Urteile vom 15.7.2015 – 1 A 355/13 –, juris, Rdnr. 114, und vom 6.8.2015 – 1 A 290/14 –, juris, Rdnrn. 38 ff.

Umso mehr muss dies aber gelten, je geringer der Anspruchsberechtigte angesichts des Meinungsstandes in der Rechtsprechung eine klageweise Geltendmachung seines Anspruchs als Erfolg versprechend ansehen kann. Denn die Zumutbarkeit einer Klageerhebung als „übergreifende“ Voraussetzung für den Verjährungsbeginn verhält sich denknotwendig proportional zu den Erfolgsaussichten der Klage. Gänzlich unzumutbar ist eine Klageerhebung, wenn nach einer bisher herrschenden oder gar einhelligen Rechtsprechung ein Anspruch ausscheidet und eine Klage des Anspruchstellers daher ohne Erfolgsaussichten wäre.“

(Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, Beschluss vom 8. Juli 2016 – 1 A 119/15 –, Rn. 33 - 37, juris)

Richtig führt das Verwaltungsgericht aus, dass die wichtigste Fallgruppe die Fallgruppe der gegenteiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist. Dann ist von gänzlicher Unzumutbarkeit auszugehen. Entscheidend ist jedoch, dass dies nicht die einzige Fallgruppe ist.

„Eine unsichere oder zweifelhafte Rechtslage besteht allerdings nicht schon dann, wenn noch keine höchstrichterliche Entscheidung zu einer bestimmten Frage vorliegt. **Vielmehr ist dafür ein ernsthafter Meinungsstreit in Rechtsprechung und Schrifttum erforderlich (BGH, NJW 2011, 1278 Rn. 21).**“

(BGH, Urteil vom 24. September 2013 – I ZR 187/12 –, Rn. 41, juris)

Das hat sich seitdem auch nicht geändert.

Eine Rechtslage ist aber nicht schon dann im Sinne der genannten Rechtsprechung unsicher und zweifelhaft, wenn eine Rechtsfrage umstritten und noch nicht höchstrichterlich entschieden ist (BGH, Urteil vom 14. Juli 2010 - IV ZR 208/09, WM 2010, 1708 Rn. 20; Urteil vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 348/09, ZIP 2011, 1046 Rn. **21** ["**ernsthafter Meinungsstreit in Rechtsprechung und Schrifttum erforderlich**"]; Urteil vom 7. März 2019 - III ZR 117/18, BGHZ 221, 253 Rn. 20; Urteil vom 17. Dezember 2020 - VI ZR 739/20, ZIP 2021, 197 Rn. 13; Urteil vom 10. Februar 2022 - VII ZR 365/21, ZIP 2022, 1158 Rn. 23). (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2022 – II ZR 14/21 –, BGHZ 235, 295-368, Rn. 155)

Hervorhebung durch Unterzeichnerin

Es ist für die Unzumutbarkeit der Klageerhebung somit ausreichend, aber auch erforderlich, dass die Erfolgsaussichten in einem Maße unsicher sind, das das allgemeine Risiko, einen Prozess zu verlieren,

übersteigt.

Es geht gerade nicht (nur) darum, ob der Misserfolg einer Rechtsverfolgung vorgezeichnet ist. Ist der Misserfolg aufgrund einer gegenteiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgezeichnet, dann ist auf jeden Fall die Unzumutbarkeit zu bejahen. Dies heißt jedoch **nicht**, dass lediglich in diesem Fall eine unsichere Rechtslage vorliegt, die der rechtskundige Dritte nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. Das ist eine völlig überzogene Anforderung des OVG Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung vom 07. Oktober 2021 -4 B 16.20-, die sich aus keiner Rechtsprechung herleiten lässt.

Ebenso wenig nachvollziehbar ist die Auffassung des Verwaltungsgerichts, die bei der Zumutbarkeit der Klageerhebung und Prüfung der unsicheren Rechtslage die Rechtsprechung des (höchstrichterlichen) BAG zu der entscheidenden Frage, ob die Feuerwehr in die Arbeitszeitrichtlinie einzubeziehen ist oder nicht, ausschließt. Eine Beschränkung auf den Verwaltungsrechtszug und das Außerachtlassen der exakt zu dieser Frage ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung des BAG sind unzulässig.

Es ist notwendig, die damalige Rechtslage umfassend und strukturiert auszuwerten. Die vollständige Auswertung der damaligen Rechtsprechung und Literatur kann gerade nicht dahinstehen. Diese umfassende Auswertung misslingt dem Verwaltungsgericht, dem OVG und dem BVerwG.

Hier wird unter anderem auf die Entscheidung des OVG der Freien Hansestadt Bremen vom 13. Mai 2020, 2 LB 308/19 verwiesen, in der das dortige Gericht strukturiert und umfassend geprüft hat, ob eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage zu bejahen ist. Nur nach einer Gesamtschau kann entschieden werden, ob eine Rechtslage gegeben war, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermochte und ob ein ernsthafter Meinungsstreit in Rechtsprechung und Schrifttum zu bejahen ist.

Die Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie existieren seit 1993, im Jahr 2003 trat die Nachfolgerichtlinie 2003/88/EG in Kraft. Deutschland setzte

die Richtlinie nicht um.

Die gefestigte herrschende Rechtsauffassung zur Höchstarbeitszeit und Bereitschaftsdienst wird hier anhand mehrerer Entscheidungen von Obergerverwaltungsgerichten zur Höchstarbeitszeit von 56 Stunden im Zusammenhang mit Bereitschaftszeit (Feuerwehr) aus den Jahren 1995 und 2001 dargelegt.

Ausgehend davon, daß der Gesetz- und Ordnungsgeber die Beamten annähernd gleich behandeln will, hat die Anordnung **einer regelmäßigen Arbeitszeit von 56 Stunden** ihre Berechtigung nur darin, daß der überwiegende Teil der Arbeitszeit, nämlich 36 Stunden, als Bereitschaftsdienst geleistet wird.
(Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 8. Juni 1995 – 12 A 2546/93 –, Rn. 10, juris)

Den Angaben des Vertreters der Beklagten im Termin am 6. September 1995 zufolge gelten von der **auf 56 Stunden verlängerten Regelarbeitszeit des Klägers** sechs Stunden als Mehrarbeit, eine Verlängerung, die ihrerseits nur auf der Grundlage des § 85 Abs. 2 Satz 1 HBG erfolgt sein kann.
(Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 6. September 1995 – 1 UE 862/92 –, Rn. 23, juris)

Das Sächsische OVG führte noch im Jahr 2001 (!) aus wie folgt:

Leistet der Beamte außer Bereitschaftsdienst auch vollen Dienst, darf der Dienstherr die wöchentliche Arbeitszeit über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus bis zur **Höchstgrenze von 56 Stunden** nur in dem zeitlichen Verhältnis verlängern, in dem der Bereitschaftsdienst zum gesamten Dienst steht. Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, **Urteil vom 31. Mai 2001 – 2 B 476/99 –, juris**

Dies verdeutlicht, dass trotz der SIMAP-Entscheidung an der geltenden herrschenden Rechtsauffassung einer **Höchststarbeitszeit von 56 Stunden** festgehalten wurde.

Mit der SIMAP-Entscheidung des EuGH vom 03.10.2000 (Rs.L 303/98 -) (Richtlinie 93/104/EG) wurde geklärt, dass Bereitschaftsdienste, bei denen Ärzte in der Gesundheitseinrichtung anwesend sein müssen, als Arbeitszeit einzuordnen sind. Es war somit lediglich die Frage geklärt, dass der zu leistende Bereitschaftsdienst mit Pflicht zur Anwesenheit in der Dienststelle als Arbeitszeit i.S.d. Art. 2 Nr. 1 und Art. 6 b) der Richtlinie 2003/88/EG anzusehen ist. In dem Urteil betonte der EuGH jedoch gleichfalls wie folgt:

Die Grundrichtlinie findet gemäß ihrem Artikel 2 Absatz 1 Anwendung auf alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche, insbesondere auf gewerbliche, landwirtschaftliche, kaufmännische, verwaltungsmäßige sowie dienstleistungs- oder ausbildungsbezogene, kulturelle und Freizeittätigkeiten. Wie sich aus Absatz 2 derselben Vorschrift ergibt, findet die Richtlinie jedoch keine Anwendung, soweit dem Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, z. B. bei den Streitkräften oder der Polizei, oder bestimmter spezifischer Tätigkeiten bei den Katastrophenschutzdiensten zwingend entgegenstehen.“

Es war selbst für einen rechtskundigen Dritten nicht von einer Übertragbarkeit des Urteils auf den Bereich der Feuerwehr auszugehen.

Durch das Urteil des EuGH aus dem Jahr 2000 hat sich die herrschende Rechtsauffassung in Bezug auf die Maßgeblichkeit der Richtlinie für den Bereich der Feuerwehr nicht geändert. Dem Urteil kommt bezogen auf die Einbeziehung der Feuerwehr in den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie entgegen der Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg **keine maßgebliche Bedeutung** zu. Dies wird durch die in der Folgezeit festzustellende entgegenstehende Interpretation des SIMAP Urteils durch

- die innerstaatlichen Verwaltungsgerichte,
- das Schweigen der Oberverwaltungsgerichte und
- die Zweifel des Bundesverwaltungsgerichts sowie
- das ebenfalls für den Bereich der Feuerwehr zuständige Bundesarbeitsgericht und seine entgegenstehende Rechtsprechung,
- das Bundesverfassungsgericht sowie
- höchste Bundesbehörden

nachhaltig belegt.

„Eine unsichere oder zweifelhafte Rechtslage besteht nicht schon dann, wenn noch keine höchstrichterliche Entscheidung einer bestimmten Frage vorliegt. **Vielmehr ist dafür ein ernsthafter Meinungsstreit in Rechtsprechung und Schrifttum erforderlich.**“ (BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010 – XI ZR 348/09 –, Rn. 21, juris)
Hervorhebung durch Unterzeichnerin

Dieser ernsthafte Meinungsstreit in Rechtsprechung und Schrifttum ist in der maßgeblichen Frage in den Jahren 2001 bis 2005 unzweifelhaft zu bejahen, somit ist eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage zu bejahen.

Die verwaltungsgerichtliche Praxis war nach dem Jahr 2000 uneinheitlich. Die Mehrzahl der Verwaltungsgerichte lehnte die Einbeziehung der Feuerwehr in die Arbeitszeitrichtlinie ab. Vereinzelte Verwaltungsgerichte erwogen eine Einbeziehung des üblichen Dienstes von Feuerwehrbeamten in den Anwendungsbereich der Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung wie

das VG Minden. Es gab auch das Urteil des VG Freiburg, das frühzeitig die Feuerwehrleute in den Anwendungsbereich einbezog (17.01.2003, 9 K 511/03).

Daraus konnte jedoch selbst ein rechtskundiger Dritter nicht auf hinreichende Erfolgsaussichten einer klageweisen Geltendmachung seiner Ansprüche, und nur darauf kommt es an, schließen („Es fehlte vielmehr an der notwendigen Herausbildung einer entsprechenden gefestigten Auffassung“ BGH, s.o.).

Das VG Bremen, Urteil vom 29. April 2003, sah keine Anwendung der Arbeitszeitrichtlinie auf den feuerwehrtechnischen Dienst, - 6 K 1470/02.

Das Verwaltungsgericht Hamburg führte unter Bezugnahme auf das SIMAP-Urteil im Juni 2002 aus wie folgt:

„Die praktizierte Regelung der gekündigten Dienstvereinbarung, nach der ein wöchentlicher Dienst eines Beschäftigten bei der Hamburger Feuerwehr unter Einrechnung von Bereitschaftsdienst eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden erreiche, verstoße nicht gegen geltendes Recht. Der Tätigkeitsbereich der Feuerwehr Hamburg falle gemäß Art. 2 Abs. 2 der sog. Grundrichtlinie nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/104/EG. Nach der Vorabentscheidung des EuGH vom 3. Oktober 2000 (ZBR 2001 S. 29 f.) sei Art. 2 Abs. 2 der Grundrichtlinie zwar eng auszulegen. Die Vorschrift beziehe sich danach auf bestimmte spezifische Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung gewährleisten sollten und für ein geordnetes Gemeinwesen unentbehrlich seien. Die Aufzählung in der Vorschrift sei nicht abschließend, sondern beispielhaft. Im vorliegenden Fall falle die Feuerwehr Hamburg unter diese Beispiele. Die Tätigkeit der Einsatzkräfte der Feuerwehr diene eindeutig dem Zweck, Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu beseitigen. Sie seien im Sinne der Entscheidung des EuGH für ein geordnetes Gemeinwesen unentbehrlich.“ (Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 20. Januar 2003 – 8 Bf 266/02 PVL –, Rn. 16, juris)

Das VG Hannover führte aus wie folgt:

„Der Dienst im Brandschutz und im Rettungsdienst bei der Berufsfeuerwehr ist eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst und bei einem Katastrophenschutzdienst iSd Art 2 Abs 2 RL 89/391/EWG. Art 6 Nr 2 RL 93/104/EG, der eine Arbeitszeit von höchstens 48 Stunden in der Woche zulässt, findet daher mit der Folge keine Anwendung, dass die wöchentliche Arbeitszeit für die Beamten, die Bereitschaftsdienst von mehr als 30 Stunden in der Woche leisten, im Durchschnitt 56 Stunden beträgt.“ (VG Hannover, Urteil vom 27. Mai 2004 – 2 A 1643/02 –, juris)

„Beide Tatbestände werden durch den Dienst in den Feuerwehren erfüllt (so auch BAG, U. v. 29.05.2002 - 5 AZR 370/01 -, PersV 2002, 457 ff; nicht entschieden, sondern dem EuGH vorgelegt: BVerwG, B. v. 17.12.2003 - 6 P 7/03 -, PersR 2004, 106 ff.).“ (VG Hannover, Urteil vom 27. Mai 2004 – 2 A 1643/02 –, Rn. 17, juris)

Das VG Hannover lehnte unter Verweis auf das SIMAP-Urteil **aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts** Ansprüche von klagenden Feuerwehrbeamten ab (z.B. VG Hannover, Urteil vom 27. Mai 2004, 2 A 1643/02).

In **drei** Entscheidungen hatte der 5. Senat des BAG noch im Jahre 2002 für die Feuerwehrleute die Geltung der Arbeitszeitrichtlinie unter Berufung auf die Ausnahmemöglichkeit für Katastrophenschutzdienste trotz Kenntnis des SIMAP-Urteils abgelehnt und mit großem Nachdruck vertreten wie folgt:

„Die genannte Richtlinie findet nach ihrem Artikel 1 Abs. 3 mit bestimmten Ausnahmen Anwendung auf alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche im Sinne des Art. 2 der Richtlinie 89/391/EWG vom 12. Juni 1989 (ABl. EG Nr. L 183 vom 29. Juni 1989, Seite 1). Die Richtlinie 89/391/EWG findet nach ihrem Art. 2 Abs. 2 keine Anwendung, soweit dem Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, z. B. bei den Streitkräften oder der Polizei, oder bestimmter spezifischer Tätigkeiten bei den Katastrophenschutzdiensten zwingend entgegenstehen. In diesen Fällen ist dafür Sorge zu tragen, daß unter Berücksichtigung der Ziele der Richtlinie eine größtmögliche Sicherheit und ein größtmöglicher Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewährleistet ist. Zum Anwendungsbereich der Richtlinien hat der EuGH im Urteil vom 3. Oktober 2000 (aaO) unter Nr. 32 - 36 ausgeführt, die Ausnahme nach Art. 2 Abs. 2 der Grundrichtlinie beziehe sich auf bestimmte spezifische Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung gewährleisten sollen und für ein geordnetes Gemeinwesen unentbehrlich sind (ebenso EuGH 3. Juli 2001 - Rs C 241/99 - AuR 2001, 355).

bb) Diese Ausnahme erstreckt sich demnach gerade auch auf den Bereich der Feuerwehr. Das entspricht dem Wortlaut und dem Zweck der Vorschrift und ist so eindeutig, daß es einer Vorlage an den EuGH nicht bedarf. Wollte man die Feuerwehr nicht als Katastrophenschutzdienst ansehen, bliebe keine Ausnahme mehr übrig. Die Tätigkeit des Klägers betrifft gerade auch den spezifischen Katastrophenschutzdienst. Mit der Tätigkeit eines Rettungsassistenten in einem bodengebundenen Rettungsdienst (vgl. Anfragebeschluß des ArbG Lörrach 26. September 2001 - 5 Ca 147/01 - AuR 2002, 114) ist sie nicht ohne weiteres gleichzusetzen. Ein nicht bekämpfter Brand führt nämlich regelmäßig zu einer Katastrophe, während das hinsichtlich der Bergung der Verletzten bei einem Unfall oder hinsichtlich des Transports von kranken Menschen nicht auf der Hand liegt.“ (BAG, Urteil vom 29. Mai 2002 – 5 AZR 370/01 –, Rn. 27 - 28, juris, Hervorhebung durch die Unterzeichnenden)

Dabei handelt es sich um höchstrichterliche Rechtsprechung zur entscheidungserheblichen Rechtsfrage. Somit ist die betreffende Rechtsfrage höchstrichterlich entschieden, gerade nicht mehr offen.

Gegen alle **drei** Entscheidungen hatten die betroffenen Personen Verfassungsbeschwerde eingelegt. Die Verfassungsbeschwerden wurden jedoch vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen. Der wesentliche Teil der Begründung (wir haben die Entscheidungen

angefordert) lautet wie folgt:

„Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf den gesetzlichen Richter angezeigt. Denn die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Bundesarbeitsgericht hat die Entscheidungserheblichkeit des Europarechts geprüft und ist auch nicht bewusst von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu entscheidungserheblichen Fragen abgewichen. Folgt die Vorlagepflicht daraus, dass zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes noch nicht vorliegt, wird Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 GG nur verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat. Das ist im vorliegenden Fall zu verneinen.“ BVerfG 10.10.2003, 1 BvR 1463/02

Das Bundesverfassungsgericht sah in der Begründung der Urteile des Bundesarbeitsgerichts keine offensichtliche Verletzung des Beurteilungsspielraums. Wenn das Bundesverfassungsgericht in der maßgeblichen Frage, ob die Feuerwehr in die Arbeitszeitrichtlinie einzubeziehen ist, die Vorlagepflicht an den EuGH verneint, dann stützt das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung des BAG. Das Bundesverfassungsgericht prüfte in diesem Zusammenhang, ob sich das Fachgericht hinsichtlich des materiellen Unionsrechts hinreichend kundig machte. Etwaige einschlägige Rechtsprechung des EuGH muss das Fachgericht auswerten und seine Entscheidung daran orientieren. Auf dieser Grundlage muss das Fachgericht unter Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts die vertretbare Überzeugung bilden, dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig oder durch die Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt. Nach genau dieser Prüfung gelangte das Bundesverfassungsgericht in den vorliegenden Fällen zu dem oben benannten Ergebnis. Dies ist für den rechtskundigen Dritten eine Billigung der Rechtsprechung des BAG.

Das sieht sogar das Bundesverwaltungsgericht so, wenn es um seine eigene Rechtsprechung geht: z.B. zum Nichtannahmebeschluss zur Urlaubsabgeltung – Arbeitszeitrichtlinie – Unterlassen der Vorlage an den EuGH -

„(st.Rspr., BVerwG, Urt. v. 31.01.2013 - 2 C 10/12 Rn. 23 - Buchholz 232.3 § 1 EUrIV Nr 1; BVerwG, Beschl. v. 25.07.2014 - 2 B 57/13 Rn. 8; BVerwG, Beschl. v. 16.06.2016 - 2 B 72/15 Rn. 10 - Buchholz 232.3 § 10 EUrIV Nr 1; **gebilligt von BVerfG, Kammerbeschl. v. 15.05.2014**

- 2 BvR 324/14 Rn. 13 ff. - NVwZ 2014, 1160).
(von der Weiden, jurisPR-BVerwG 16/2024 Anm. 2)

Das Verwaltungsgericht geht auf die Verfassungsbeschwerden nicht ein.

Die Verengung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die hier das BVerwG in seiner Entscheidung vom 16. Juni 2020 (-2 C 20.19-) und das OVG Berlin-Brandenburg in ihren Entscheidungen zur unionsrechtswidrigen Zuvielarbeit vornehmen (z.B. 4 B 16.20), ist nicht hinnehmbar.

Es ist für die Einschätzung, ob eine unsichere Rechtslage zu bejahen ist, maßgeblich, dass *ein* Oberstes Gericht der Bundesrepublik in dem relevanten Zeitraum den gegenständlichen Anspruch verneint, um die Unzumutbarkeit zu bejahen (5 AZR 368/21 BAG).

Hier verneinte ein oberstes Gericht in mehreren Urteilen nicht nur den Anspruch, sondern diese Urteile wurden zusätzlich vom Bundesverfassungsgericht dahingehend geprüft, ob der Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten wurde. Dies verneinte das Bundesverfassungsgericht.

Die Oberverwaltungsgerichte setzten mehrheitlich die inzwischen dort anhängigen Verfahren aus, zumal aufgrund der Aussichtslosigkeit der Klageerhebung überhaupt nur wenige Musterverfahren bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit anhängig waren (z. B. Nds. OVG 5 LC 225/04) und das Bundesverwaltungsgericht einen Vorlagebeschluss an den EuGH gefertigt hatte. Kläger war dort keine Privatperson, sondern ein Personalrat, unterstützt von der Gewerkschaft.

Bereits diese Aussetzungen verdeutlichen, dass selbst der rechtskundige Dritte (Richter am OVG) nach dem Studium des Vorlagebeschlusses die Rechtslage nicht zuverlässig einzuschätzen vermochte. Wäre die Rechtslage durch den Vorlagebeschluss tatsächlich geklärt worden, hätten die Richter geurteilt und nicht ausgesetzt. Die Richter sind zur Aussetzung von Verfahren nicht verpflichtet.

Die Zumutbarkeit der Klageerhebung wegen rechtswidriger Zuvielarbeit folgt,

jedenfalls, wenn man der Rechtsprechung des BGH folgt, nicht aus dem Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2003.

Es geht um die **objektive Klärung der Rechtslage**.

„Eine Zumutbarkeit der Klageerhebung im vorgenannten Sinne als Voraussetzung für den Verjährungsbeginn hat die Rechtsprechung bereits in den Fällen verneint, in denen sich der Anspruchsberechtigte infolge einer unsicheren und zweifelhaften Rechtslage gehindert sah, (mit Aussicht auf Erfolg) Klage zu erheben. **In einem solchen Fall beginnt die Verjährung erst mit der objektiven - höchstrichterlichen - Klärung der betreffenden Rechtsfrage(n).**

BGH, Urteil vom 7.12.2010 – XI ZR 348/09 –, juris, Rdnrn. 14 ff.; BGH, Urteil vom 23.9.2008 – XI ZR 262/07 –, a.a.O., juris-Rdnr. 15; BVerwG, Beschluss vom 20.12.2010 – 2 B 44/10 –, juris; OVG des Saarlandes, Beschluss vom 29.4.2015 – 1 A 307/14 –, juris, Rdnr. 18; OVG des Saarlandes, Urteile vom 15.7.2015 – 1 A 355/13 –, juris, Rdnr. 114, und vom 6.8.2015 – 1 A 290/14 –, juris, Rdnrn. 38 ff.“
(Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, Beschluss vom 8. Juli 2016 – 1 A 119/15 –, Rn. 35 - 36, juris)

Es reicht für die Zumutbarkeit der Klageerhebung nicht aus, dass erkennbar war, dass das letzte Wort noch nicht gesprochen war, wie das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg argumentiert.

Es reicht ebenfalls nicht aus, dass das BVerwG vermeintlich „gute Gründe“ sah, dass die Bestimmungen über die wöchentliche Höchstarbeitszeit in Art. 6 der Richtlinie auch für die Beamten des Einsatzdienstes der Feuerwehr gelten. Tatsächlich hielt dies das BVerwG lediglich für „denkbar“.

Das BVerwG sah auch gute Gründe gegen die Einbeziehung des Bereichs der Feuerwehr.

Der Vorlagebeschluss grenzt sich nicht von der Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichts ab. Die Vorlageentscheidung ließ keine Abkehr von der bisherigen herrschenden entgegenstehenden Rechtsauffassung erwarten.

Das wird bereits aus der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts deutlich, die sowohl rechtliche Ausführungen enthält, die die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung (BAG) stützen als auch gegenteilige Ausführungen. So sah es auch der EuGH:

„31. Angesichts des Umstands, dass Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 93/104 deren Anwendungsbereich unter ausdrücklicher Verweisung auf Artikel 2 der Richtlinie 89/391 festlege und dass die letztgenannte Richtlinie nach ihrem Artikel 2 Absatz 2 Unterabsatz 1 keine Anwendung finde, soweit dem Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, z. B. bei den Streitkräften oder der Polizei, oder bestimmter spezifischer Tätigkeiten bei den Katastrophenschutzdiensten zwingend entgegenstünden, sei zu prüfen, ob die Feuerwehrrkräfte von einer dieser Ausnahmen erfasst würden.

32. Da sich die Feuerwehrrkräfte im Wesentlichen der Brandbekämpfung widmeten und auch die Hilfeleistung in Unglücks- oder anderen Notfällen zu ihren gesetzlichen Aufgaben zähle, ließen sie sich entweder als Teil des staatlichen Sicherheitsbereichs, zu dem auch die Streitkräfte und die Polizei gehörten, die beispielhaft in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 89/391 genannt seien, oder als Teil der Katastrophenschutzdienste begreifen, **so dass nicht auszuschließen sei, dass sie – im einen oder anderen Fall – generell dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie und damit dem der Richtlinie 93/104 entzogen seien.**

33. **Denkbar erscheine jedoch auch eine Auslegung von Artikel 2 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 89/391 dahin, dass jedenfalls die Festlegung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit in Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 auch zugunsten der Beamten im Einsatzdienst der Feuerwehr eingreife.** Für eine solche Auslegung sprächen sowohl der Wortlaut als auch der Sinn und Zweck der erstgenannten Bestimmung.

34. Da das Bundesverwaltungsgericht die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zur Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits für erforderlich hält, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:
(EuGH, Beschluss vom 14. Juli 2005 – C-52/04 –, juris)

Auch die Fachliteratur lehnte trotz Kenntnis des Vorlagebeschlusses des BVerwG die Anwendbarkeit der Arbeitszeitrichtlinie auf den Feuerwehreinsatzdienst weiter ab (Beispiel: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, S. 1307-1311).

„Soweit das Berufungsgericht - wenn auch nur im Hinblick auf eigene Ansprüche des Klägers - und die Beklagte demgegenüber darauf abstellen, dem Kläger sei bereits mit dem Bekanntwerden der Vorlageentscheidung des Bundesfinanzhofs vom 3. Februar 2000 (BFHE 191, 76) eine Klageerhebung zumutbar gewesen, vermag sich der Senat dem - in Bezug auf die Verjährung des abgetretenen Anspruchs - nicht anzuschließen. Ab dem vorgenannten Zeitpunkt konnte der Zedent allenfalls die Möglichkeit einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der fehlenden nationalen Umsatzsteuerbefreiung für den hier maßgeblichen Veranlagungszeitraum kennen. Die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit war indes so unsicher, dass ihm die Erhebung einer Schadensersatzklage noch nicht zumutbar war. Auch ein rechtskundiger Dritter vermochte auf der Grundlage der Vorlageentscheidung die zweifelhafte und unsichere Rechtslage nicht zuverlässig einzuschätzen. Es waren gerade die Zweifel bei der Auslegung des Unionsrechts, insbesondere darüber, ob Leistungen der ambulanten Krankenpflege unter Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. g der Sechsten Richtlinie fallen und ob sich ein Steuerpflichtiger auf diese Bestimmung berufen kann, die den Bundesfinanzhof zur Anrufung des Gerichtshofs veranlassten (Beschluss vom 3. Februar 2000 aaO S. 82 f). Die Vorlageentscheidung allein ließ noch keine Abkehr von der bisherigen herrschenden Rechtsauffassung erwarten. Es fehlte vielmehr an der notwendigen Herausbildung einer entsprechenden gefestigten Auffassung (siehe dazu BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, NJW 2017, 2986 Rn. 98 f, zur Veröffentlichung in BGHZ 215, 172

vorgesehen; Beschluss vom 16. Dezember 2015 - XII ZB 516/14, BGHZ 208, 210 Rn. 34).
(BGH, Urteil vom 17. Januar 2019 – III ZR 209/17 –, Rn. 86, juris)

Es waren gerade die ernsthaften Zweifel, die das Bundesverwaltungsgericht zur Anrufung des EuGH veranlassten, um die Rechtsfrage klären zu lassen, ob die Feuerwehr in den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie fällt.

Die Einbeziehung des Bereichs der Feuerwehr war selbst für die Fachwelt (!) nach dem Studium des Vorlagebeschlusses *gerade nicht so naheliegend*, dass ein rechtskundiger Dritter die Rechtslage zuverlässig einzuschätzen vermochte, wie auch die Ausführungen des Bundesrates beweisen.

Der **Beschluss des Bundesrates vom 02. April 2004** wurde an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen übermittelt. Es wird darin vom Bundesrat eine Klarstellung dahingehend gefordert, ob die Einsatzdienste in den Bereichen der Polizei, staatlich angeordneten öffentlichen Feuerwehren und staatlich angeordneten Werksfeuerwehren in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

„Nach **höchstrichterlicher deutscher Rechtsprechung** (vgl. Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 29. Mai 2002 - 5 AZR 370/01) erstreckt sich die **Ausnahmeregelung des Artikels 2 Abs. 2 der Arbeitsschutzrichtlinie auch auf den Bereich der Feuerwehr**. Nach dieser Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Spezifika des Feuerwehr-Berufsbildes den in Artikel 2 Abs. 2 der Arbeitsschutzrichtlinie genannten Tätigkeiten gleichstehen. Zur Begründung hat sich das BAG auf die Entscheidung des EuGH vom 3. Oktober 2000 -SIMAP berufen, nach dem die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Grundrichtlinie eng auszulegen sind und sich auf bestimmte spezifische Tätigkeiten im öffentlichen Dienst beziehen, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung gewährleisten sollen und für ein geordnetes Gemeinwesen unentbehrlich sind (Rdn. 35 f.). Wollte man die Feuerwehr nicht als Katastrophenschutzdienst ansehen, bliebe keine Ausnahme mehr übrig. Die Ausübung von Tätigkeiten im feuerwehrtechnischen Dienst betrifft gerade auch den spezifischen Katastrophenschutzdienst.

Tätigkeiten aus dem Bereich der für ein geordnetes Gemeinwesen unentbehrlichen Gefahrenabwehr stehen nicht schon ohne weiteres einer Anwendung der europäischen Arbeitsschutzvorschriften zwingend entgegen sondern sie rechtfertigen dann eine Ausnahme, wenn sie mit einer Gewährleistungsfunktion verbunden sind. Ob das der Fall ist, ist normativ und typisierend zu beurteilen. Dabei gibt ein Vergleich einer Tätigkeit bei der Feuerwehr mit den in Artikel 2 Abs. 2 der Grundrichtlinie beispielhaft aufgezählten Ausnahmen, bei denen es sich um "*klassische*" Bereiche der öffentlichen Gefahrenabwehr handelt (Streitkräfte, Polizei, Katastrophenschutzdienste), rechtssystematisch weiteren Aufschluss. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe wird der feuerwehrtechnische Dienst in einer Berufsfeuerwehr von der Ausnahmegvorschrift des Artikels 2 Abs. 2 der Arbeitsschutzrichtlinie erfasst vgl. Verwaltungsgericht Bremen, Urteil vom 29. April 2003 - 6 K 1470/02).

Den genannten Tätigkeiten ist gemeinsam, dass es sich dabei um nicht umfassend planbare Tätigkeiten handelt. Bei ihnen ist weder vorhersehbar,

wann ein Tätigwerden im Einzelfall erforderlich wird (Tätigkeitsbeginn), noch über welchen Zeitraum die Tätigkeit ausgeübt werden muss (Tätigkeitsdauer). Auf Grund der Unaufschiebbarkeit der gebotenen Maßnahmen sind in solchen Tätigkeitsbereichen höhere Anforderungen an eine möglichst flexible Arbeitszeitgestaltung zu stellen. Darüber hinaus sind die aufgeführten Tätigkeiten dadurch gekennzeichnet, dass sie im Einzelfall zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit ein Einschreiten verlangen, obwohl dabei eine nicht unerhebliche Eigengefährdung typischerweise nicht ausgeschlossen werden kann.
(Fettdruck durch die Unterzeichnende)

Diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass der Bundesrat eher die Einbeziehung in die Ausnahmegvorschrift befürwortet.

Weiterhin verweisen wir auf den Beschluss des **Bundesrates** vom **26. November 2004**, an dem unter anderem der federführende Ausschuss für Fragen der Europäischen Union (EU), der Finanzausschuss (Fz), der Ausschuss für Innere Angelegenheiten (In) und der Wirtschaftsausschuss (Wi) mitwirkten und in dem es heißt wie folgt:

„Der Klarstellungsbedarf wird auch an dem aktuellen Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2003 - BVerwG 6 P 7.03 - an den EuGH zur Vorabentscheidung über den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie hinsichtlich von Beamten des Einsatzdienstes der Feuerwehr deutlich.

Nach höchstrichterlicher deutscher Rechtsprechung (Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 29. Mai 2002 - 5 AZR 370/01) erstreckt sich die Ausnahmeregelung des Artikels 2 Abs. 2 der Arbeitsschutzrichtlinie **auch auf den Bereich der Feuerwehr**. Nach dieser Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Spezifika des Feuerwehr-Berufsbildes den in Artikel 2 Abs. 2 der Arbeitsschutzrichtlinie genannten Tätigkeiten gleichstehen. Zur Begründung hat sich das BAG auf die Entscheidung des EuGH vom 3. Oktober 2000 - SIMAP - berufen, nach dem die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Grundrichtlinie eng auszulegen sind und sich auf bestimmte spezifische Tätigkeiten im öffentlichen Dienst beziehen, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung gewährleisten sollen und für ein geordnetes Gemeinwesen unentbehrlich sind (Rdn. 35 f.). Wollte man die Feuerwehr nicht als Katastrophenschutzdienst ansehen, bliebe keine Ausnahme mehr übrig. Die Ausübung von Tätigkeiten im feuerwehrtechnischen Dienst betrifft gerade auch den spezifischen Katastrophenschutzdienst. Tätigkeiten aus dem Bereich der für ein geordnetes Gemeinwesen unentbehrlichen Gefahrenabwehr stehen nicht schon ohne weiteres einer Anwendung der europäischen Arbeitsschutzvorschriften zwingend entgegen, sondern sie rechtfertigen dann eine Ausnahme, wenn sie mit einer Gewährleistungsfunktion verbunden sind. Ob das der Fall ist, ist normativ und typisierend zu beurteilen. Dabei gibt ein Vergleich einer Tätigkeit bei der Feuerwehr mit den in Artikel 2 Abs. 2 der Grundrichtlinie beispielhaft aufgezählten Ausnahmen, bei denen es sich um "klassische" Bereiche der öffentlichen Gefahrenabwehr handelt (Streitkräfte, Polizei, Katastrophenschutzdienste), rechtssystematisch weiteren Aufschluss. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe wird der feuerwehrtechnische Dienst in einer Berufsfeuerwehr von der Ausnahmegvorschrift des Artikels 2 Abs. 2 der Arbeitsschutzrichtlinie erfasst (vgl. Verwaltungsgericht Bremen, Urteil vom 29. April 2003 - 6 K 1470/02). Den genannten Tätigkeiten ist gemeinsam, dass es sich dabei um nicht umfassend planbare Tätigkeiten handelt. Bei ihnen ist weder vorhersehbar, wann ein Tätigwerden im Einzelfall erforderlich wird (Tätigkeitsbeginn), noch über welchen Zeitraum die Tätigkeit ausgeübt werden

muss (Tätigkeitsdauer). Auf Grund der Unaufschiebbarkeit der gebotenen Maßnahmen sind in solchen Tätigkeitsbereichen höhere Anforderungen an eine möglichst flexible Arbeitszeitgestaltung zu stellen. Darüber hinaus sind die aufgeführten Tätigkeiten dadurch gekennzeichnet, dass sie im Einzelfall zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit ein Einschreiten verlangen, obwohl dabei eine nicht unerhebliche Eigengefährdung typischerweise nicht ausgeschlossen werden kann.“
(Fettdruck durch die Unterzeichnende)

Die Mitglieder des Bundesrates, darunter eine Vielzahl von Juristen, bejahten eine gegenteilige höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung und fassten entsprechende Beschlüsse unter anderem zur Weiterleitung an europäische Institutionen.

Selbst die Mitglieder des Bundesrates konnten keine Abgrenzung des Vorlagebeschlusses von der Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichts erkennen, schon gar keine Abkehr von der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung. Die Oberverwaltungsgerichte nahmen den Vorlageschluss nicht zum Anlass, nun umgehend den Bereich der Feuerwehr in die Arbeitszeitrichtlinie einzubeziehen. Sie setzen vielmehr die diesbezüglichen Verfahren aus.

Im vorliegenden Fall ging es nicht lediglich um unterschiedliche Meinungsströmungen in der Literatur und Rechtsprechung, wie es bei juristischen Fragestellungen nicht ungewöhnlich ist. Es ging auch nicht lediglich um Divergenzen in der obergerichtlichen Rechtsprechung. Es ging um **höchstrichterliche Rechtsprechung in der entscheidungserheblichen Rechtsfrage, die die Einbeziehung der** Feuerwehr einerseits ablehnte (Bundesarbeitsgericht) und andererseits für ernsthaft zweifelhaft hielt (Bundesverwaltungsgericht), denn ansonsten hätte diese Frage nicht dem EuGH vorgelegt werden müssen. Zusammen mit den anderen oben aufgeführten Tatsachen ist ein ernsthafter Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur zu bejahen.

Das Argument des Bundesverwaltungsgerichts in seiner Entscheidung vom 16. Juni 2020 -2 C 20.19-, der EuGH habe den Vorlagebeschluss wegen der Eindeutigkeit der Einbeziehung für *überflüssig erachtet, ist unzutreffend*. Der EuGH hat in seiner Entscheidung am 14. Juli 2005 lediglich angemerkt, dass im Lichte seiner inzwischen ergangenen Rechtsprechung keine vernünftigen Zweifel verbleiben. Diese Äußerung ist im Zusammenhang mit dem Verfahrensgang zu sehen.

„Auf die Aufforderung des Gerichtshofes haben der Antragsteller und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die von ihnen im schriftlichen Verfahren vertretene Ansicht wiederholt, dass die Antwort auf die Vorlagefrage insbesondere angesichts des Urteils vom 5. Oktober 2004 in den Rechtssachen C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u. a., noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) klar aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes abgeleitet werden könne und dass es daher gerechtfertigt sei, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden. Der Beteiligte und die niederländische Regierung indessen haben sich dagegen ausgesprochen.“ (EuGH, Beschluss vom 14. Juli 2005 – C-52/04 –, juris)

Es ging, wie sich auch aus Verweisen im Beschluss des EuGH vom 14. Juli 2005 ergibt, um die Rechtsprechung in Sachen Pfeiffer u.a. (Oktober 2004), die dazu führte, dass der EuGH keinen Raum mehr für vernünftige Zweifel sah.

War dem Kläger eine Klageerhebung somit nicht zuzumuten, so hat dies zur Folge, dass der Verjährungsbeginn nach der oben zitierten Rechtsprechung hinausgeschoben war und zwar bis zum Zeitpunkt der objektiven - höchstrichterlichen - Klärung der betreffenden Rechtsfrage. (siehe zum Anspruch Beamter auf Urlaubsabgeltung und Zumutbarkeit der Klageerhebung – OVG des Saarlandes, Beschluss vom 08. Juli 2016, 1 A 119/15).

Diese höchstrichterliche Klärung - und nur darauf ist abzustellen - , erfolgte frühestens mit dem Bekanntwerden des in der Sache Pfeiffer u.a. (C-397/01 bis C-403/01), wenn nicht sogar erst mit dem Bekanntwerden der Entscheidung des EuGH vom 14. Juli 2005 (C-52/04).

Die mehrheitliche Auffassung der Verwaltungsrichter am VG Berlin (z.B. VG 26 K 75/22, VG 5 K 8/21, usw.) sieht in der Entscheidung Pfeiffer die höchstrichterliche Klärung der Rechtslage, nachdem sie sich vorher ganz überwiegend noch den Ausführungen des OVG und des BVerwG angeschlossen haben, um dann aber unter Verwendung solcher Formulierungen wie: „ungeachtet der obigen Ausführungen“ u.ä., eine tiefgründigere Prüfung vorzunehmen und zur Anknüpfung an die Sache Pfeiffer zu kommen.

Auch von der Unterzeichnenden wird an die Sache Pfeiffer als den frühestmöglichen Zeitpunkt angeknüpft, jedenfalls aber an die Entscheidung des EuGH vom 14. Juli 2005 (C-52/04) angeknüpft.

Fundstellen, in denen das Urteil des EuGH im Fall Pfeiffer abgedruckt war, sind folgende:

EuGH Slg. 2004, I-8835; BB 2004, 2353; **BB 2005, 54**; DB 2004, 2270; **DVBl 2005, 35**; EWS 2004, 521; EuZW 2004, 691; **JuS 2005, 357**; NJW 2004, 3547; **NVwZ 2005, 200**; NZA 2004, 1145; ZIP 2004, 2342.

Die große Mehrheit der mit der Problematik (inzwischen) vertrauten Richter des VG Berlin kommt somit zu dem Ergebnis, dass – jedenfalls - mit Bekanntwerden der Entscheidung des EuGH in Sachen Pfeiffer die entscheidende Rechtsfrage höchstrichterlich geklärt ist. Dies verdeutlicht die erheblichen Zweifel dieser Richter an der Einschätzung des OVG Berlin-Brandenburg, wonach der Vorlagebeschluss für die zeitliche Anknüpfung ausschlaggebend sei.

Kommt man somit zu der Einschätzung, dass jedenfalls mit der Entscheidung im Fall Pfeiffer die Rechtslage zu diesem Zeitpunkt hinreichend geklärt war, sodass ein rechtskundiger Dritter nunmehr diese zuverlässig einzuschätzen vermochte, ist Folgendes zu berücksichtigen.

Bei dieser Entscheidung handelte es sich um die Entscheidung eines internationalen Gerichtes aus dem Jahr 2004. In einem vergleichbaren Fall hat der BGH erst im Jahr 2019 ausgeführt:

Erst im Anschluss an diese Entscheidung (10. September 2002 in der Rechtssache Kügler) lag keine unsichere und zweifelhafte Rechtslage mehr vor und war es dem Zedenten zumutbar, einen Ersatzanspruch geltend zu machen. **Billigt man ihm eine Frist von drei Monaten zu, um die Auswirkungen der genannten Entscheidung auf seine Situation zu überprüfen**, wäre ihm Ende des Jahres 2002 die Erhebung einer Schadensersatzklage zuzumuten gewesen. (BGH, Urteil vom **17. Januar 2019** – III ZR 209/17 –, Rn. 85, juris, *Einfügung durch die Unterzeichnende*)

Dem Kläger ist somit bei Entscheidungen des EuGH zur damaligen Zeit eine Frist von jedenfalls **drei Monaten** zuzubilligen, um die Auswirkungen der genannten Entscheidung auf seine Situation zu überprüfen. *Dies ist richtig und für die damalige Zeit zwingend. Diese zwingende Berücksichtigung einer Frist zur Prüfung der Situation unterlässt das Verwaltungsgericht Berlin.*

Das Urteil wurde in der NJW 49/2004 vom 29. November 2004 veröffentlicht. Bei postalischer Zustellung war von einem Bekanntwerden der Entscheidung Mitte Dezember 2004 auszugehen.

Das korrespondiert auch mit der Tatsache, dass ein Teil der juristischen Fachzeitschriften, insbesondere die auf Verwaltungsrecht und Beamtenrecht spezialisierte **NVwZ das Urteil Pfeiffer erst im Jahr 2005** abdruckte, s.o..

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass es sich nicht um eine Entscheidung handelte, die Beamte betraf. Es ging um die Anwendung der Arbeitszeitrichtlinie auf Angestellte des öffentlichen Dienstes. Insofern musste der Kläger auch erst prüfen, ob diese Entscheidung überhaupt auf ihn anwendbar ist.

Der Bundesrat hielt auch nach der Entscheidung Pfeiffer im November 2004 weiter an seiner Rechtsauffassung fest (siehe oben), erwähnte das Urteil nicht einmal. Der EuGH hatte bisher nicht über den Vorlagebeschluss des BVerwG, der Beamte betraf, entschieden. Auch die Oberverwaltungsgerichte nahmen die beamtenrechtlichen Verfahren nicht wieder auf. Das Bundesverwaltungsgericht stimmte selbst zu diesem Zeitpunkt dem Beschlussverfahren nicht zu, sondern bestand auf einer mündlichen Verhandlung (siehe oben), was verdeutlicht, dass nicht einmal die Bundesrichter davon ausgingen, dass mit der Entscheidung Pfeiffer die Rechtslage objektiv geklärt war.

Für den Kläger selbst kann somit in dem verbleibenden kurzen Zeitraum bis Jahresende 2004 nicht von einer „Kenntnis“ oder grob fahrlässigen Unkenntnis der maßgeblichen Umstände und damit einem Verjährungsbeginn schon mit dem Schluss des Jahres 2004 ausgegangen werden.

Zur Untermauerung des BGH-Urteils wird hier auch die zeitlich vorausgehende OLG-Rechtsprechung zitiert.

Das Vorliegen dieser Verjährungsvoraussetzung in der Person der Kläger kann jedoch nicht für das Jahr 2001 angenommen werden, weil die **einschlägige Entscheidung des BGH erst am 11.10.2001** erging (vgl. näher Senat, a.a.O.). Allein auf die Klärung der bis dahin verwickelten Rechtslage (Unwirksamkeit des Treuhandvertrages) kommt es hierbei an. Diese musste den Klägern bis zum Ende des Jahres 2001 noch nicht bekannt sein. (**OLG Karlsruhe**, Urteil vom 13. März **2007** – 17 U 289/06 –, Rn. 39, juris)

Selbst wenn man aber davon ausginge, es hätte nach den genannten Entscheidungen für die Kläger Anlass bestanden, sich kurzfristig rechtlich beraten zu lassen, hätte der eingeholte Rechtsrat eine Zumutbarkeit der Klageerhebung noch vor Jahresende 2001 nicht ergeben. Immerhin hätte zunächst mit einem Rechtsanwalt ein Termin vereinbart und der Sachverhalt geklärt werden müssen. Auch dem befragten Rechtsanwalt hätte eine gewisse

Zeitspanne zur Einarbeitung und Klärung der relevanten Tatsachen eingeräumt werden müssen,
(OLG Karlsruhe, Urteil vom 13. März 2007 – 17 U 289/06 –, Rn. 43, juris)

Somit war **dem Kläger erst ab dem Jahr 2005 die Klageerhebung zuzumuten**. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre und endete somit Ende Dezember 2008. Ansprüche aus 2001 bis 2004 waren erst zu diesem Zeitpunkt verjährt. Nicht nachvollziehbar führt das Verwaltungsgericht trotz der eindeutigen Rechtsprechung des BGH nur unter Verweis auf die Veröffentlichung der Entscheidung in der NJW aus, dem Kläger sei noch im Jahr 2004 eine Klage zumutbar gewesen. Das ist nicht nachvollziehbar.

Der Zeitpunkt, ab dem die unsichere Rechtslage so weit geklärt war, dass sie von einem rechtskundigen Dritten zuverlässig eingeschätzt werden konnte, wird von rechtskundigen Dritten (Gericht) wie folgt dargestellt:

Allerdings hat der Europäische Gerichtshof inzwischen in einem zur Arbeitszeit von Rettungsassistenten ergangenen Urteil vom 05.10.2004 -C-397/01 bis C-403/01- Ausführungen zur Auslegung insbesondere der Regelungen zum Anwendungsbereich der beiden streitgegenständlichen Richtlinien gemacht, die die Feststellung erlauben, dass die Feuerwehr in den Anwendungsbereich der Richtlinien 89/391/EWG (Arbeitsschutz) und 93/104/EG (Arbeitszeit) fällt. (Verwaltungsgericht des Saarlandes, Urteil vom 24. Mai 2005 – 12 K 59/04 –, Rn. 22 - 23, juris)

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (Entscheidung vom 14.07.2005) und der obergerichtlichen Rechtsprechung (OVG NRW, Beschluss vom **18.08.2005**, 1 A 2722/04, OVG NRW, Beschl. v. **13.10.2005**, 1 A 2724/04 und OVG Saarland, Beschl. v. **19.07.2006**, 1 R 20/05; juris) **ist geklärt**, dass die Richtlinie 2003/88/EG (93/104/EG alt) sowie die Richtlinie 89/391/EWG vom 12. Juni 1989 (ABl. L 183, S. 1) auf deren Art. 2 in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2003/88/EG verwiesen wird, auf Beamte des feuerwehrtechnischen Dienstes, insbesondere auf im Einsatzdienst eingesetzte Beamte, Anwendung findet und dass der von den Beklagten des Feuerwehrdienstes zu leistende Bereitschaftsdienst mit Pflicht zur Anwesenheit in der Dienststelle als Arbeitszeit i. S. des Art. 2 Nr. 1 und Art. 6 b der Richtlinie 2003/88/EG anzusehen ist.
(VG Magdeburg, Urteil vom 26. September 2006 – 5 A 412/05 –, Rn. 19, juris)

So argumentiert auch das OVG für das Land Nordrhein-Westfalen:

Gemäß Art. 2 Abs. 1 RL 89/391/EWG unterfallen auch öffentliche Tätigkeitsbereiche dem Anwendungsbereich der Richtlinien, somit auch Beamten zugewiesene Tätigkeiten. Die in Art. 2 Abs. 2 RL 89/391/EWG ausdrücklich normierten Ausnahmen vom Anwendungsbereich erfassen nicht die Einsatzkräfte der Feuerwehren.

Vgl. **EuGH, Beschluss vom 14. Juli 2005 - C-52/04 (Feuerwehr Hamburg) -, Slg. 2005 I-7111 (8128 ff.) und juris Rn. 35 ff., wobei der EuGH auf sein Urteil vom 5. Oktober 2004 - C-397/01 (Pfeiffer u.a.) -, Slg. 2004 I-8835**

(8902 ff.) und juris Rn. 48 ff., Bezug nimmt; Senatsurteil vom 18. August 2005 - 1 A 2722/04 -, ZBR 2006, 199 (200) = NWVBl. 2006, 263 (264), und juris Rn. 40 ff.; Nds. OVG, Urteil vom 18. Juni 2007 - 5 LC 225/04 -, PersV 2007, 490 (492 f.), und juris Rn. 48 f.; VG Saarlouis, Urteil vom 24. Mai 2005 - 12 K 59/04 -, juris Rn. 20 ff.; Fieg, Höchst Arbeitszeit bei der Berufsfeuerwehr, Der Personalrat 2006, 114 (115); a.A. BAG, Urteil vom 29. Mai 2002 - 5 AZR 370/01 -, PersV 2002, 457 (461 f.), und juris Rn. 28.

(Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 7. Mai 2009 – 1 A 2655/07 –, Rn. 63 - 64, juris)

Zu keiner Zeit sah ein Gericht die Rechtslage bereits mit dem Vorlagebeschluss des BVerwG vom 17. Dezember 2003 als soweit geklärt an, dass ein rechtskundiger Dritter diese zuverlässig einzuschätzen vermochte.

Die Fixierung auf den Vorlagebeschluss ist entschieden zurückzuweisen, da vor dem Hintergrund der hier aufgezeigten Grundsätze der BGH-Rechtsprechung nicht ansatzweise haltbar. Das verdeutlichen die jetzigen Urteile des Verwaltungsgerichts Berlin.

An dieser Stelle muss daran erinnert werden, dass die Grundsätze zur unsicheren Rechtslage durch den BGH zum Gläubigerschutz (!) entwickelt wurden.

Richtig ist zwar, dass bei der Beurteilung, ob ein unsichere Rechtslage bestand, strenge Maßstäbe anzulegen sind und diese Regelung auf Ausnahmefälle begrenzt ist. Verjährungsregeln, also auch solche zur Festlegung des Beginns der Verjährung, müssen mit Rücksicht auf das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) stets einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Schuldners und des Gläubigers darstellen.

Das wird auch dadurch belegt, dass der Gesetzgeber mit § 199 Abs. 1 BGB das erklärte Ziel verfolgt hat, dem Gläubiger **eine faire Chance zur Durchsetzung seines Anspruchs zu eröffnen** (BT-Drucks. 14/6040, S. 95; vgl. auch Theisen/Theisen, Festschrift Nobbe, 2009, S. 453, 460). Hierzu gehört nach der Gesetzesbegründung insbesondere, dass dem Gläubiger grundsätzlich hinreichend Gelegenheit gegeben werden muss, das Bestehen seiner Forderung zu erkennen (BT-Drucks. 14/6040, S. 95). (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – XI ZR 348/13 –, BGHZ 203, 115-140, Rn. 53)

Im Fall aller Berliner Feuerwehrleute gibt es bisher faktisch keinen Gläubigerschutz.

Die vom BVerwG/OVG unzutreffend aufgrund der oberflächlichen Prüfung vorgenommene Festlegung des Verjährungsbeginns führt bisher unstreitig dazu, dass *keiner* der über 1.000 Anspruchsberechtigten *seinen Anspruch* für die Jahre 2001 bis 2004 *durchsetzen konnte*.

Nochmals; für die klageweise Durchsetzung der Ansprüche - und nur darum geht es -, war erst frühestens nach der Entscheidung des EuGH vom 5. Oktober 2004, wenn nicht gar erst nach der Entscheidung vom 14. Juli 2005 die Rechtslage hinreichend klar einschätzbar.

Dass eine Klage auch danach nicht risikolos war, beweisen die Klageabweisungen bzw. teilweisen Anweisungen auch durch das Berliner Verwaltungsgericht zwischen 2005 und 2010.

Für *das verbleibende Risiko* ist die Rechtsprechung der 5. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin unter dem damaligen Vorsitz des Herrn *Dr. Heydemann* der beste Beleg.

Noch nicht einmal im Jahr 2009 waren für ihn und andere rechtskundige Richter am Verwaltungsgericht Berlin trotz Kenntnis sämtlicher anspruchsbegründenden Umstände und der Person des Schuldners hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben, dass ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch im Raum stand und somit als relevant in dem Fall zu prüfen war.

Wie das Verwaltungsgericht Berlin *heute* richtig anmerkt, wurde der Haftungsanspruch eines Berechtigten gegen einen Mitgliedsstaat wegen der Verletzung der Pflichten aus dem Unionsrecht vom EuGH bereits 1991 (!) entwickelt (VG 5 K 115/21).

Der Anspruch wird vom Vorsitzenden Richter Dr. Heydemann im Jahre 2009 weder erkannt noch geprüft. Mittels eines übernommenen Textblocks urteilte die von ihm geleitete 5. Kammer:

„Die Außerachtlassung des Rechts des Klägers auf europarechtskonforme Dienstpläne und die rechtswidrige Heranziehung zu einem über 48 Wochenstunden hinausgehenden Einsatzdienst geben ihm **keinen Anspruch auf Freizeitausgleich auf europarechtlicher Grundlage. Die Richtlinien selbst sehen einen Anspruch auf Freizeitausgleich nicht vor, und ein solcher Anspruch ergibt sich auch nicht aus allgemeinem Europarecht** (vgl. OVG Niedersachsen, Urteil vom 18.06.2007 – 5 LC 225/04-, NdsVBl. 2007, 295 (300) zu Art. 10 EGV; Verwaltungsgericht (VG) Sigmaringen, Urteil vom 24.01.2008-6 K 847/07-, Juris).“

Es dauerte noch bis zum Urteil des BVerwG (26. Juli 2012), bis die Grundsätze der Staatshaftung bei unionsrechtswidriger Zuvielarbeit auch für Berliner Feuerwehrleute tatsächlich geklärt waren.

B. Verwirkung der Verjährungseinrede nach Treu und Glauben

Die Berliner Feuerwehrleute kannten ihren (Staats)haftungsanspruch (Umstände / Person des Schuldners) nicht und musste ihn aufgrund der unsicheren und zweifelhaften Rechtslage auch nicht kennen (siehe oben).

Eine kleine Minderheit der Berliner Feuerwehrleute sah, wie der Kläger, bereits im Jahr 2001 die Möglichkeit eines Anspruchs. Beamte sind gehalten, Anträge/Widersprüche/Rügen usw. einzureichen, wenn sie auch nur eine minimale Chance für den möglichen Anspruch sehen. Dies mit einer positiven Kenntnis des juristischen Laien von seinem Anspruch gleichzusetzen, entbehrt jeder rechtlichen Grundlage. Der Kläger war gerade nicht klüger als die Richter am Bundesarbeitsgericht, die die Einbeziehung der Feuerwehr in die Arbeitszeitrichtlinie ablehnten und die Richter des Bundesverwaltungsgerichts, die aufgrund der Zweifel die Frage dem EuGH vorlegten.

Wenn Berliner Richter wegen ihrer Alimentation jährlich Widersprüche bei dem Dienstherrn einreichen, haben sie auch keine positive Kenntnis davon, ob der Dienstherr (mal wieder) gegen die Verfassung verstößt. Sie sehen jedoch eine Möglichkeit und wissen, dass sie selbst bei einer minimalen Chance gezwungen sind, tätig zu werden.

Der Verweis des Verwaltungsgerichts Berlin auf die Rechtsprechung des BGH, wonach eine Klageerhebung dann zumutbar ist, wenn der Gläubiger seinen Anspruch bereits gegen den Schuldner geltend gemacht hat, ist nicht zielführend (BGH, Urteil vom 21. Februar 2018, IV ZR 385/16, Rn. 17). In den dortigen Fällen ging es um Privatpersonen. Hier sind jedoch die Besonderheiten des Beamtenrechts zu beachten.

Der Kläger berief sich in seiner Antragstellung zwar auf eine Entscheidung des EuGH. Eine Zumutbarkeit ist daraus nicht abzuleiten, auch nicht die

positive Kenntnis.

Im Zusammenhang mit der Urlaubsabgeltung führte das VG Chemnitz aus wie folgt:

„Nach der Rechtsprechung des BGH in seinem Urteil vom 23.09.2008 - XI ZR 262/07 – juris, beginnt in den Fällen unsicherer und zweifelhafter Rechtslage die Verjährung erst mit der objektiven - höchstrichterlichen - Klärung der Rechtslage. Auf die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von dieser Klärung kommt es nicht an, (Anschluss: BVerwG, Beschl. v. 20.12.2010 - 2 B 44/10 -, juris; so auch VG Chemnitz, Urt. v. 25.09.2014 3 K 956/012 -).

Übertragen auf den Fall bedeutet dies: Der Kläger berief sich mit Antragstellung am 25.04.2009 zwar auf die grundlegenden Entscheidungen des EuGH zum strittigen Thema (EuGH, Urteile vom 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06, C-350/06, C-520/06 -, juris). Eine grundlegende, auch für den Beklagten als verbindlich erachtete Klärung der Rechtslage trat jedoch erst mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 31. 01. 2013 zum Verfahren 2 C 10/12 ein.“

(VG Chemnitz, Urteil vom 27. November 2014 – 3 K 751/12 –, Rn. 19 - 20, juris)

Zudem gibt es weitere Besonderheiten.

Viele der Personen, die überhaupt einen Antrag in 2001 oder 2002 gestellt hatten, erhielten nach Antragstellung in den Jahren 2001/2002 folgende Schreiben:

Betr.: Anerkennung von Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit

Sehr geehrter Herr

Ihr Schreiben über die Anerkennung von Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit haben wir erhalten.

Der in Ihrem Schreiben dargestellte Sachverhalt wird zur Zeit noch gerichtlich geprüft.

Sobald wir über den weiteren Ablauf der Angelegenheit informiert sind, werden wir uns schnellstmöglich mit Ihnen in Verbindung setzen und Ihnen mitteilen, inwieweit Ihr Antrag berücksichtigt werden kann.

Mit freundlichen Grüßen

oder:

hiermit bestätigen wir Ihnen den Eingang Ihres Antrages auf Anerkennung von Bereitschaftszeit als Arbeitszeit.

Sobald uns eine diesbezügliche Entscheidung vorliegt, werden wir ohne Erinnerung auf Ihren Antrag zurückkommen.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag

Mit diesen Schreiben schuf der Beklagte einen Vertrauenstatbestand, nicht nur bei den jeweiligen Personen selbst, sondern auch in ihrem Umfeld. Die Angeschriebenen legten daraufhin weder Widerspruch ein, noch klagten sie (etwa wegen Untätigkeit, da kein Bescheid ergangen war).

Gleiches galt, wenn sich Feuerwehrleute damit einverstanden erklärten, dass die Entscheidung über den Antrag so lange ausgesetzt wird, bis die laufenden Musterverfahren vor den deutschen Gerichten rechtskräftig abgeschlossen sind und der Beklagte dann erklärt, er könne über den Antrag nicht entscheiden.

Einen solchen **Vertrauenstatbestand** sah der BGH (BGH, Urteil vom 29. Februar 1996, IX ZR 180/95, Rn. 17) beispielsweise schon dann, wenn ein haftungspflichtiger Anwalt den geschädigten Mandanten vor Eintritt der Verjährung bewogen hat, im Hinblick auf den Regressanspruch den **Ausgang eines anderen (Einspruchs)Verfahrens abzuwarten**.

Der Zweck der Verjährungsregelung verlangt, an diesen Einwand strenge Anforderungen zu stellen, so dass dieser einen groben Verstoß gegen Treu und Glauben voraussetzt (BGH, Urt. v. 1. Oktober 1987 - IX ZR 202/86, WM 1988, 127, 128; v. 29. Februar 1996 - IX ZR 180/95, aaO; v. 21. Juni 2001 - IX ZR 73/00, WM 2001, 1677, 1679). Dies kann der Fall sein, wenn der Schuldner, sei es auch nur unabsichtlich, den Gläubiger von der rechtzeitigen Einklagung der Regressforderung abgehalten hat, etwa indem er den Gläubiger nach objektiven Maßstäben zur Annahme veranlasst hat, der Anspruch werde auch ohne Rechtsstreit erfüllt oder nur mit Einwendungen in der Sache bekämpft (BGH, Urt. v. 29. Februar 1996 - IX ZR 180/95, aaO; v. 21. Juni 2001 - IX ZR 73/00, WM 2001, 1677, 1679). Ein solcher Vertrauenstatbestand kann vorliegen, wenn der haftpflichtige Anwalt den geschädigten Mandanten vor Eintritt der Verjährung bewogen hat, im Hinblick auf den Regressanspruch den Ausgang eines anderen Verfahrens abzuwarten (BGH, Urt. v. 29. Februar 1996 - IX ZR 180/95, aaO).
(BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 – IX ZR 180/09 –, Rn. 19, juris)

Der Beklagte veranlasste die Kläger, verjährungshemmende Schritte zu unterlassen. Da solche Schreiben an eine Vielzahl derjenigen übersandt wurden, die bereits 2001 einen Antrag gestellt hatten, liegt in dieser

Schaffung eines Vertrauenstatbestandes zur Verhinderung von Widersprüchen/Klagen ein *qualifiziertes Fehlverhalten*.

So verhinderte der Beklagte auch Untätigkeitsklagen, denn ein Grund für das Zuwarten des Beklagten war benannt (die gerichtliche Prüfung). Die vom Beklagten in Bezug genommene gerichtlichen Prüfung dauerte sehr lange (siehe oben).

Ohne diese Zusage der Befassung zu gegebener Zeit und die Benennung des Grundes für das Zuwarten hätten die Kläger tatsächlich Untätigkeitsklagen erheben können („ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden“, § 75 VwGO). Als Grund für das Zuwarten gab der Beklagte jedoch die laufende gerichtliche Prüfung an. Dies stellt einen zureichenden Grund dar. Sofern Richter in ihren Urteilen nun auf die Möglichkeit der Untätigkeitsklage hinweisen, ist dies zynisch.

Es gab gar Anträge von Betroffenen, die die Bitte um Bescheidung enthielten (u.a. Betroffene von der Feuerwache Schöneberg, Mai 2001). Der Beklagte versandte auch hier das EB (s.o.), ließ Monate und Jahre vergehen, beschied jedoch nicht.

Wieder andere Betroffene nahmen in den Antrag ausdrücklich das Einverständnis für die Verfahrensaussetzung auf (August 2001).

Damit hat der Beklagte entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts Berlin die Verspätung der Klage auch verursacht.

Nachdem die Klageerhebung ab 2005 zumutbar war, machten die Feuerwehrbeamten zunehmend ihre Ansprüche geltend. Der Beklagte nahm offenbar zu weniger feinen Maßnahmen Zuflucht (Vorgang vom Februar 2007, Schreiben der Gewerkschaft an die Mitglieder):

Widersprüche gegen zu viel geleistete Arbeitszeit

Das für unsere Mitglieder eingeleitete Widerspruchsverfahren gegen die zu viel geleistete Arbeitszeit hat in der Behörde dazu geführt, dass Kollegen, die diesen Widerspruch einlegen, mit einer Umsetzung auf eine 12h-Wache gedroht wird. Dass Wachvorsteher auf „Befehl von oben“ solche Drohungen aussprechen, zeigt wohl deutlich, wie hier mit Kollegen und ihren rechtlichen Ansprüchen umgegangen wird. Mittlerweile gibt es in drei Bundesländern Urteile von Verwaltungsgerich-

UNJUNGE BILDUNG



ten, die einen Rechtsanspruch für zu viel geleistete Arbeitszeit, zumindest teilweise, anerkannt haben. Hier kann nur noch einmal deutlich gesagt werden: „Lasst Euch von niemanden einschüchtern, was Recht ist, wird auch Recht bleiben!“

Es folgte im Dezember 2007 dann die Information des Landesbranddirektors:

Nun steht es mir nicht zu, in einer LBD-Information eine Rechtsberatung abzugeben, erlaube mir aber dennoch ein paar Anmerkungen zum Thema. Nach den vorliegenden Informationen aus bereits ergangenen Urteilen gibt es noch kein einheitliches Bild. **Unklar** scheinen immer noch folgende Punkte zu sein:

- Welcher Anspruch, welcher Umfang an Freizeitausgleich entsteht?
Dahinter verbirgt sich die Frage, welcher Anteil der tatsächlich über die 48 h pro Woche geleisteten Arbeitszeit als Anspruch auf Freizeitausgleich anerkannt wird (z.B. nur anteilig, aber auch unter Anrechnung der fünf monatlich zu leistenden Überstunden).
- Ab welchem Zeitpunkt wird der Anspruch auf Freizeitausgleich erwachsen?
Dahinter verbergen sich manche mögliche Daten z.B. erst ab persönlicher Antragstellung?, ab dem 1. Januar 2007?, ab Inkrafttreten der EU-Arbeitszeitrichtlinie?, usw.
- Wann muss der nicht gewährte Freizeitausgleich gegebenenfalls finanziell abgegolten werden und wenn, in welcher Höhe?

Nicht betroffen vom Zuvielarbeitgesetz sind alle Anträge, die für Zeiten vor dem 01.01.2007 gestellt wurden. Über diese Anträge konnte noch nicht abschließend entschieden werden, da hier diverse Klagen vor dem Verwaltungsgericht Berlin anhängig sind. Um den Verwaltungsaufwand sowohl für die bescheidende Stelle als auch für den Antragsteller gering zu halten, sollte der Ausgang dieser Verfahren abgewartet werden. Wir werden über den Stand der Verfahren berichten.

Am 21. April 2008 veröffentlichte der Beklagte die Mitarbeiterinformation

1. Anträge auf Freizeitausgleich bzw. Mehrarbeitsvergütung

In Zusammenhang mit dem EuGH-Urteil zur Arbeitszeit liegen der Behörde diverse Anträge auf Freizeitausgleich und/oder Mehrarbeitsentschädigung für die zurückliegenden Jahre vor. Wie bereits in der LBD-Information vom 21. Dezember 2007 ausgeführt, ist es nicht möglich, alle Anträge kurzfristig zu bescheiden. Da aber bereits einige Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin anhängig sind, ist beabsichtigt, diese Verfahren als Musterverfahren durchzuführen und nach Abschluss dieser Musterverfahren eine einheitliche Regelung für alle betroffenen Beschäftigten umzusetzen. Erfahrungsgemäß wird dies einige Zeit in Anspruch nehmen, eine Verjährung etwaiger Ansprüche wird von der Behörde jedoch nicht geltend gemacht.

Soweit einzelne Mitarbeiter bereits anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen haben, wird hier im Einzelfall ein Bescheid erlassen. Aber auch hier strebe ich an, das weitere Verfahren bis zum Abschluss der oben angeführten Klagen auszusetzen.

Ich werde Sie über den weiteren Gang der Verfahren regelmäßig in Kenntnis setzen.

Diese („Muster-“)Verfahren wurden vor dem OVG Berlin-Brandenburg sowie dem Bundesverwaltungsgericht fortgeführt, nachdem die Richter des VG Berlin nicht einmal den unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch erkannt hatten (siehe oben).

Erstmals vor dem OVG berief sich der Beklagte auf die Einrede der Verjährung.

Er legte die entscheidende Mitarbeiterinformation

vom 21. April 2008 weder in den Verfahren vor dem OVG Berlin-Brandenburg noch vor dem BVerwG vor.

Die Mitarbeiterinformation befand sich auch nicht bei den Verwaltungsverfahrensakten der Feuerwehrleute. Das ergab die hier initiierte Akteneinsicht in den betreuten Fällen.

In der Mitarbeiterinformation bezog sich der Beklagte auf das Urteil des EuGH aus dem Jahr 2000, auf Anträge auf Freizeitausgleich und/oder Mehrarbeitsentschädigung für die zurückliegenden Jahre und darauf, dass eine Verjährung etwaiger Ansprüche von der Behörde nicht geltend gemacht wird.

Nach dem objektiven Empfängerhorizont (juristischer Laie, Kenntnis der Vorgeschichte -siehe oben-) ist klar, dass der Beklagte zum damaligen Zeitpunkt bei (gerichtlich) anerkannten Ansprüchen die Durchsetzbarkeit nicht durch Verjährung behindern wollte. Er bezog sich auf die LBD-Information (somit auch auf die darin beschriebenen rechtlichen Unklarheiten). Da zum Zeitpunkt der Formulierung der Mitarbeiterinformation noch nicht klar war, in welchem Umfang

Ansprüche bestanden, wählte der Beklagte das Wort „etwaig“ anstelle von „sämtliche“. Das ergibt sich aus der Logik des Gesamtzusammenhangs, den das Verwaltungsgericht nicht herstellt, der aber zum objektiven Empfängerhorizont gehört.

Diese in der LBD-Information vom Dezember 2007 aufgezeigten rechtlichen Unklarheiten zeigen auch, dass Klagen selbst nach 2005 nicht risikolos waren.

Gegenstand der Musterverfahren waren unter anderem Sachverhalte, in denen die betreffenden Personen bereits im Jahr 2001 einen Antrag gestellt hatten. Der Beklagte war in den damaligen Verfahren zur Wahrheit verpflichtet. Das bedeutet, dass er keine Umstände verschweigen durfte, die seine Einrede der Verjährung infrage stellen. Die Beurteilung, ob einzelne Tatsachen von Belang sind und deshalb im Verfahren anzugeben sind, lag nicht im Ermessen des Beklagten. Dies ist allein von den Gerichten zu prüfen.

Der Beklagte enthielt dem jeweils zuständigen Gericht (Oberverwaltungsgericht Berlin, Bundesverwaltungsgericht entscheidungserhebliche Unterlagen (Mitarbeiterinformation) vor. Dieses Prozessverhalten ist hochproblematisch.

Nach dem Ende der Musterverfahren im Jahr 2012 teilte die Senatsverwaltung für Inneres und Sport (**Staatssekretär Bernd Krömer**) dem Vorsitzenden des Hauptausschusses über den Präsidenten des Abgeordnetenhauses von Berlin über die Senatskanzlei mit Schreiben vom 19. Juli 2013 mit, **wie die Mitarbeiterinformation auszulegen sei**.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 26. Juli 2012 (2 C 70.11) letztinstanzlich die Grundsätze der Abgeltung der Zuvielarbeit in der Berliner Feuerwehr festgelegt. Danach haben alle der rd. 3150 Berliner Feuerwehrbeamtinnen und Feuerwehrbeamte, die Zuvielarbeit geleistet haben, einen europarechtlichen Entschädigungsanspruch. Dieser Anspruch verjährt gemäß § 195 BGB in der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist. Die Frist beginnt mit dem Ende des Jahres, in dem die Ansprüche entstanden sind. Die Berliner Feuerwehr hat in einer Mitarbeiterinformation vom 21. April 2008 auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Diese Verzichtserklärung ist dahingehend auszulegen, dass die Einrede der Verjährung nur in Bezug auf solche Forderungen, die zur Zeit der Veröffentlichung der Mitarbeiterinformation vom 21. April 2008 nicht bereits verjährt waren, nicht geltend gemacht werden wird. Wurden keine individuellen verjährungshemmenden Maßnahmen (z.B. Einlegung eines Widerspruchs; Klageerhebung) ergriffen, sind damit Entschädigungsansprüche vor dem 01. Januar 2005 verjährt. Dieser Vorlage liegt mithin ein Entschädigungszeitraum ab dem 01. Januar 2005 zugrunde.

In den **Bescheiden**, die sodann nachfolgend gegenüber dem Kläger und seinen Kollegen ergingen, war wie folgt formuliert:

Mit Schreiben vom 21. April 2008 erklärte die Berliner Feuerwehr den Verzicht auf die Einrede der Verjährung für die Ansprüche, die zu diesem Zeitpunkt nicht bereits verjährt waren.
Daraus ergibt sich, dass ein Anspruch auf Abgeltung frühestens ab 1. Januar 2005 besteht. Dies ist vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden.

Der Zusatz „... für die Ansprüche, die zu diesem Zeitpunkt nicht bereits verjährt waren.“ lässt nur den Schluss auf ein planvolles Vorgehen zum Nachteil des Klägers und seiner Kollegen schließen, denn so stand es nicht in der Mitarbeiterinformation (siehe oben). Es war nicht das, was der Beklagte mit dem „Schreiben“ objektiv erklärt hatte.

Der Beklagte hat damit bereits aufgrund seines planvollen Vorgehens gegen den Kläger und seine Kollegen sein **Recht** auf die Verjährungseinrede **verwirkt**.

Die verfassungsrechtliche und einfachrechtliche Verbindlichkeit des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet den Staat/das Land zwar zu seiner Beachtung, gibt dem Grundsatz jedoch die Qualität eines ermessensrelevanten Belanges (I. Kemmler, Geldschulden im Öffentlichen Recht, 2015, S. 415 mwN.)

Weder der Beklagte noch das Gericht erkannten die Notwendigkeit der Ausübung eines Ermessens. Dieses Ermessen kann nur zugunsten der Kläger dahingehend ausfallen, dass die Einrede der Verjährung nicht erhoben werden darf.

C. Effektivitätsgrundsatz

Kernfrage des vorliegenden Verfahrens ist, ob die Festlegung des Beginns der Verjährung bei einem unionsrechtswidrigen Staatshaftungsanspruch durch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 26. Juli 2012 ff. gegen den Effektivitätsgrundsatz

verstößt, weil diese Regelung die Durchsetzung des Unionsrechts übermäßig erschwert.

„Was den Effektivitätsgrundsatz betrifft, ist festzustellen, dass jeder Fall, in dem sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Unionsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen innerstaatlichen Stellen zu prüfen ist. Zu berücksichtigen sind dabei gegebenenfalls u. a. der Schutz der Verteidigungsrechte, der Grundsatz der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäße Ablauf des Verfahrens (Urteil vom 21. Dezember 2016, TDC, C-327/15, EU:C:2016:974, Rn. 97 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Nach ständiger Rechtsprechung ist die Festsetzung von Ausschlussfristen grundsätzlich mit dem Erfordernis der Effektivität vereinbar, weil eine solche Festsetzung ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist, die zugleich den Betroffenen und die Behörde schützt. Solche Fristen sind nämlich grundsätzlich nicht geeignet, die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren. Die Mitgliedstaaten müssen aber für nationale Regelungen, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, Fristen festlegen, die insbesondere der Bedeutung der zu treffenden Entscheidungen für die Betroffenen, der Komplexität der Verfahren und der anzuwendenden Rechtsvorschriften, der Zahl der potenziell Betroffenen und den anderen zu berücksichtigenden öffentlichen oder privaten Belangen entsprechen. Unter diesem Vorbehalt ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, mehr oder weniger lange Fristen vorzusehen (Urteil vom 21. Dezember 2016, TDC, C-327/15, EU:C:2016:974, Rn. 98 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

(EuGH, Urteil vom 27. Februar 2020 – C-773/18 bis C-775/18 –, Rn. 68 - 69, juris)

Diese Grundsätze gelten somit auch bei der Beurteilung, ob der vom BVerwG festgelegte Verjährungsbeginn die Durchsetzung der Entschädigungsansprüche übermäßig erschwert. In Bezug auf den Effektivitätsgrundsatz ist hervorzuheben, dass sowohl die Länge der Frist als auch der Zeitpunkt ihres Beginns den Anforderungen der Effektivität genügen müssen.

Zum vom BVerwG festgelegten Fristbeginn bei einem Entschädigungsanspruch wegen Altersdiskriminierung hatte der EuGH (**C-773/18**) erhebliche Zweifel am Urteil des BVerwG und insbesondere daran geäußert, ob die Kriterien in Bezug auf die Komplexität der anzuwendenden Rechtsvorschriften und auf die Zahl der möglicherweise betroffenen Personen hinreichend berücksichtigt wurden und bekräftigt, dass sämtliche Kriterien des Effektivitätsgrundsatzes bei der Festlegung eines Fristbeginns entscheidend sind.

Der EuGH beschäftigte sich in diesem Zusammenhang auch mit der **Frage**,

ob ein bestimmtes Urteil die maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte für die zuständigen Landesbehörden, die zuständigen Bundesbehörden oder für die Mehrheit der deutschen Verwaltungsgerichte hinreichend geklärt hat.

Der Gerichtshof ging zudem auf den Prozentsatz derjenigen ein, deren Ansprüche abgelehnt wurden.

Er machte deutlich, dass es ausreicht, dass die **Gefahr besteht, dass die Betroffenen nicht innerhalb der Frist erkennen können, dass und in welchem Umfang unionsrechtswidrig gehandelt wurde.**

Die Grundsätze der Entscheidung sind auf den vorliegenden Fall übertragbar. Somit sind sämtliche Tatsachen strukturiert und umfassend zu prüfen.

Die Rechtsprechung des BGH zum Hinausschieben der Verjährungsfrist stellt sicher, dass der Fristlauf trotz Tatsachenkenntnis nicht beginnt, bevor der Anspruch auch in rechtlicher Sicht erkennbar ist.

„Dazu zählt auch, dass der Anspruch in rechtlicher Hinsicht erkennbar ist. Dies kann zu verneinen sein, wenn die Rechtslage in besonderer Weise unklar ist (vgl. BeckOGK/Piekenbrock, 01.05.2020, BGB § 199 Rn. 132).“

Das setzt jedoch voraus, dass diese Rechtsprechung umfassend angewandt wird.

Es ist nicht nachvollziehbar, dass ein Richter lediglich aufgrund des gestellten Antrags davon ausgeht, für den Kläger sei 2001 der Anspruch bereits in rechtlicher Hinsicht erkennbar gewesen. Hier sind die Besonderheiten des Verwaltungsrechts mit einzubeziehen (siehe oben). Wenn überhaupt, sah eine kleine Minderheit der Berliner Feuerwehrleute die vage Möglichkeit eines Anspruchs.

Zu der bestehenden unsicheren Rechtslage, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermochte, wurde bereits oben ausgeführt. Wenn schon ein rechtskundiger Dritter die Rechtslage (vorher) nicht zuverlässig einzuschätzen vermochte, dann gilt dies auch für einen juristischen Laien.

Somit war der Anspruch für den Kläger vor dem Jahr 2005 auf keinen Fall aus rechtlicher Sicht erkennbar (siehe oben).

Hinzu kommt Folgendes.

Ein weiterer Punkt, der zumindest bis zum Jahre 2006 – neben der Frage des Geltungsbereiches (sind die Feuerwehren einzubeziehen oder nicht) – völlig offen und mithin bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Klageerhebung zu berücksichtigen ist, war, **welche Verjährungsfrist** denn überhaupt gilt.

Denn erst mit der Entscheidung des **BGH** aus dem **Jahre 2006** wurde geklärt, in welcher Frist der **gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch verjährt**. Irrelevant ist, ob sich dieser Beschluss auf einen Altfall bezog. Entscheidend ist lediglich, dass diese Rechtsfrage höchstrichterlich davor nicht geklärt war.

„In welcher Frist der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch verjährt, ist bis zum Vorlagebeschluss des Senats vom 12. Oktober 2006 (aaO S. 365 Rn. 23) höchstrichterlich nicht entschieden gewesen.
Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, nach der Entwicklung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hierfür besondere Regelungen zu schaffen, und hat die Frage dementsprechend der Rechtspraxis überlassen. Das ist ein Vorgang, der zum juristischen Alltag der mit dem nationalen Recht vertrauten Anwaltschaft, die bei erstinstanzlich bei den Landgerichten anzubringenden Klagen zwingend hinzugezogen werden muss, und der Gerichte gehört und mit den üblichen juristischen Auslegungsmethoden zu bewältigen ist. Der damit verbundene Klärungsprozess kann allerdings einen gewissen Zeitraum in Anspruch nehmen, während dessen eine hinreichend sichere Einordnung nicht möglich oder erschwert ist.“
(BGH, Urteil vom 04. Juni 2009 – III ZR 144/05 –, BGHZ 181, 199-225, Rn. 42)
Hervorhebung durch die Unterzeichnerin

Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH im Fall Marks & Spencer zu berücksichtigen. Der EuGH fordert, dass eine Verjährungsfrist **im Voraus** festgelegt werden muss, um ihren Zweck, die Rechtssicherheit zu gewährleisten, zu erfüllen.

„Aus Randnr. 39 des Urteils Marks & Spencer ergibt sich gleichwohl auch, dass **eine Verjährungsfrist im Voraus festgelegt werden muss**, um ihren Zweck, die Rechtssicherheit zu gewährleisten, zu erfüllen. Eine durch erhebliche Rechtsunsicherheit geprägte Situation kann einen Verstoß gegen den Grundsatz der Effektivität darstellen, da der Ersatz von Schäden, die Einzelnen durch einem Mitgliedstaat zuzurechnende Verstöße gegen das

Gemeinschaftsrecht entstanden sind, außerordentlich erschwert werden könnte, wenn diese nicht in der Lage wären, die anwendbare Verjährungsfrist mit hinreichender Sicherheit zu ermitteln.
(EuGH, Urteil vom 24. März 2009 – C-445/06 –, juris)

Das BVerwG hat mit seinem Urteil vom 16. Juni 2020, Rn. 20, die dreijährigen Verjährungsfrist rückwirkend ab 01. Januar 2002 für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch konstatiert („es bestand keine Rechtsunsicherheit“, Rn. 21).

Damit widerspricht die Entscheidung des BVerwG vom 16. Juni 2020 eklatant der oben zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2006.

Dies ist mit dem Effektivitätsgrundsatz unvereinbar. Im vorliegenden Fall geht es um Ansprüche aus den Jahren 2001 bis 2004. Nur die **vorherige** Festlegung der Länge der Verjährungsfrist stellt die notwendige Rechtssicherheit her. Dabei ist unerheblich, ob nach der Festlegung der Verjährungsfrist diese noch mehr als ein Jahr offen war. Der Kläger muss nach Festlegung der Frist diese auch vollständig nutzen können.

Außerdem sind die Besonderheiten des Verfahrens vor innerstaatlichen Stellen nach der Rechtsprechung des EuGH umfassend zu berücksichtigen.

Es ist im Rahmen der Prüfung des Effektivitätsgrundsatzes (auch) mitentscheidend, wie Landesbehörden die Rechtslage einschätzten, welche Ansprüche für die Feuerwehrleute durchsetzbar waren, wann Klagen eingereicht wurden usw. (siehe oben).

Die Verkündung des Urteils vom 03. Oktober 2000 hat die maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte für die Beurteilung der Anwendung der Richtlinie auf die Feuerwehr weder für die Behörden des Landes Berlin noch die zuständigen Bundesbehörden oder die Mehrheit der deutschen (Verwaltungs-) Gerichte hinreichend geklärt (siehe oben).

Der Landesbranddirektor, höchster Mitarbeiter einer Behörde, war **noch in der Besprechung des Personalrates vom 26. Mai 2005 der Auffassung, dass die Bereitschaftszeit der Feuerwehr nicht mit der**

Bereitschaftszeit gemäß dem EU-Urteil vergleichbar ist und alles gerichtlich geprüft werde.

Auch das **Abgeordnetenhaus** gab in seiner Argumentation, warum die **Arbeitszeitrichtlinie nicht umgesetzt werden konnte, an, dass erst mit dem Urteil des EuGH vom 14. Juli 2005 die Rechtslage ausreichend geklärt war.**

Im April 2008 wurde die hier schon häufiger zitierte Mitarbeiterinformation veröffentlicht, wonach eine Verjährung etwaiger Ansprüche nicht geltend gemacht werde. Die Behörde musste intern ihren Angestellten erst erklären / vorgeben, wie diese Mitarbeiterinformation nach dem Willen der Leitung auszulegen ist, nachdem sie die Mitarbeiterinformation in den entscheidenden Musterverfahren dem OVG und dem BVerwG vorenthalten hatte (siehe oben).

Die Bezugnahme auf das Urteil des EuGH zur Arbeitszeit (SIMAP) und die diversen Anträge auf Freizeitausgleich und/oder Mehrarbeitsentschädigung für die zurückliegenden Jahre machte jedoch nur Sinn, wenn sich der Verzicht auf die Verjährungseinrede auf sämtliche Anträge bezog. Das ist eindeutig. Nach dem objektiven Empfängerhorizont war die Mitarbeiterinformation so zu verstehen, dass vorhandene (etwaige) Ansprüche nicht durch die Verjährungseinrede „blockiert“ werden, sondern durchsetzbar sind. Somit ist auch der Anwendungsbereich definiert.

In Städten/Kommunen, in denen eine vollständige Entschädigung der Feuerwehrbeamten seit 01. Januar 2001 gezahlt wurde, beruhte dies oftmals darauf, dass der Dienstherr im Zusammenhang mit einzelnen Musterverfahren zu unterschiedlichen Zeitpunkten Verjährungsverzichtserklärungen abgab, siehe dazu Ausführungen zu München bzw. in einigen Städten Vergleiche getroffen wurden, weil der jeweiligen Kommune ein überragendes Interesse an einer funktionierenden Feuerwehr bestand. Die Ansprüche waren nach dem vom Bundesverwaltungsgericht festgelegten Fristbeginn verjährt.

Somit ist hier bei Zugrundelegung der Anspruchsberechtigten in Deutschland von einer Unmöglichkeit, jedenfalls aber davon auszugehen, dass die

Durchsetzung der Ansprüche bei dem vom BVerwG festgelegten Verjährungsbeginn (keine unklare Rechtslage, Verjährungsbeginn zum jeweiligen Ende des Jahres der Entstehung des Anspruchs) übermäßig erschwert war.

Im Rahmen der Effektivität ist auch zu klären, inwiefern der Schuldner (Dienstherr) überhaupt schutzbedürftig war. In erster Linie geht es bei der Verjährung um Schuldnerschutz vor Nachteilen, die der Ablauf von Zeit für die Abwehr unbegründeter Ansprüche mit sich bringt (z.B. Verlust von Beweismitteln usw.) Dieses Schutzes bedarf der Dienstherr nicht, der schon im Jahr 2001 gegenüber den antragstellenden Feuerwehrleuten vorgeschlagen hatte, die gerichtliche Klärung abzuwarten, und dies dann 2007 durch die Information des Landesbranddirektors und 2008 durch die Mitarbeiterinformation bekräftigte.

Es gilt zudem der Grundsatz, dass die Gläubigerforderung verfassungsrechtlich geschützt ist und dass die Entwertung durch Verjährung grundsätzlich nur gerechtfertigt ist, wenn der Gläubiger die Chance hat verstreichen lassen, seinen Anspruch im Wege der Klage geltend zu machen. Wie bereits oben ausgeführt, ist bei Berücksichtigung aller Tatsachen das Verstreichenlassen einer Chance vorliegend zu verneinen.

Es mag zwar nicht darauf ankommen, wie sich die Mehrheit der Feuerwehrbeamten verhalten hat. Es kommt jedoch vor dem Hintergrund des Effektivitätsgrundsatzes darauf an, ob die Festlegung des Fristbeginns der Verjährung dem Effektivitätsgrundsatz insofern zuwiderläuft, als er die Durchsetzung des Unionsrechts übermäßig erschwert. In diesem Zusammenhang ist wichtig, dass lediglich eine kleine Minderheit ihren Anspruch erkannten und erkennen konnten und dass kein einziger Feuerwehrbeamter seinen Anspruch für die Jahre 2001 bis 2003/2004 durchsetzen konnte.

„c) Ob der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zu folgen ist, wonach Verjährung nicht eintreten könne, solange eine Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden sei (Beschluss vom 11.7.2013 - 4 S 366/13 -, Bl. 170 ff. GA), kann offen bleiben. Für die Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg spricht allerdings die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 25. Juli 1991 (- C-

208/90 - „Emmott“, juris Rn. 21 ff.) ausgeführt, solange eine Richtlinie nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt worden sei, seien die Einzelnen nicht in die Lage versetzt worden, in vollem Umfang von ihren Rechten Kenntnis zu erlangen. Nur die ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie beende diesen Zustand der Unsicherheit, und erst mit dieser Umsetzung werde die Rechtssicherheit geschaffen, die erforderlich sei, um von den Einzelnen verlangen zu können, dass sie ihre Rechte geltend machten. Hieraus folge, dass sich der säumige Mitgliedstaat bis zum Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie nicht auf die Verspätung einer Klage berufen könne, die ein Einzelner zum Schutz der ihm durch die Bestimmungen dieser Richtlinie verliehenen Rechte gegen ihn erhoben habe, und dass eine Klagefrist des nationalen Rechts erst zu diesem Zeitpunkt beginnen könne.“
(OVG Lüneburg, Urteil vom 24. November 2015 – 5 LB 81/15 –, Rn. 65 - 66, juris)

Das ist ein Gegenargument eines OVG und das Gericht stützt sich auf die Rechtsprechung des EuGH.

Erst kürzlich hatte der EuGH festgestellt, dass selbst die Gewährleistung von Rechtssicherheit nicht als Vorwand dafür dienen darf, dass letztendlich ein Verhalten gebilligt wird, das zu einer unrechtmäßigen Bereicherung des Dienstherrn führt. Dies ist jedoch exakt das, was vorliegend in Berlin durch die Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg (4 B 16.20) und des Bundesverwaltungsgerichts (2 C 20.19) zur unionsrechtswidrigen Zuvielarbeit zu geschehen droht.

Der Effektivitätsgrundsatz ist daher bei einem Fristbeginn vor dem Jahr 2005 verletzt.

Dem Antrag auf Zulassung der Berufung ist stattzugeben.

Es muss für den Antrag auf Zulassung der Berufung ausreichend sein, dass ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumente in Frage gestellt wird.

Die unsichere Rechtslage ist zu bejahen. Bereits das OVG Berlin hatte darauf abgestellt, dass es nicht auf die Sicht des Klägers, sondern die **Sicht des rechtskundigen Dritten** ankomme (4 B 16.20, UA S. 9). Somit ging das OVG Berlin selbst von einer unsicheren Rechtslage aus.

Nur bei Vorliegen einer unsicheren Rechtslage macht zudem die Prüfung, ab welchem Zeitpunkt die Rechtslage geklärt war, überhaupt Sinn. Diese Prüfung nahmen sämtliche Richter des VG Berlin, aber auch schon das OVG Berlin-Brandenburg vor.

Entscheidend dafür ist nach der Rechtsprechung des BGH die objektive Klärung der Rechtslage. Dies sieht das Verwaltungsgericht Berlin im Gegensatz zum OVG Berlin-Brandenburg. Die überwiegende Mehrheit der mit der Angelegenheit befassten Richter schließt sich der Rechtsprechung der 5. Kammer am VG Berlin an (VG 5 K 277/21), verweist teilweise auf die Ausführungen.

Die 5. Kammer führt entsprechend der BGH-Rechtsprechung aus, dass „**ungeachtet obiger Ausführungen jedenfalls durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Pfeiffer (C-397/01) die Rechtslage geklärt war.**“

Eine weitere Richterin der 5. Kammer führt aus: „Ferner war die Rechtslage jedenfalls durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache Pfeiffer (C-397/01) geklärt.“

Mehrere Richter der 26. Kammer nehmen ebenfalls Bezug auf die Entscheidung Pfeiffer.

Ferner war die Rechtslage jedenfalls durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Pfeiffer (C-397/01) geklärt, in der klargestellt wurde, dass der Ausnahmetatbestand der Arbeitszeitrichtlinie möglichst eng zu verstehen und auf echten Katastrophenschutz im engen Sinne, der keine Arbeitszeitplanung erlaubt, beschränkt ist. Damit war auch hinreichend geklärt, dass der normale Feuerwehrdienst (jenseits von katastrophalen Ereignissen) unter die Arbeitszeitrichtlinie fällt. Ein rechtskundiger Dritter konnte die Rechtslage betreffend den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie somit spätestens Ende 2004 zuverlässig einschätzen, so dass die Verjährungsfrist jedenfalls mit Ablauf des Jahres 2004 zu laufen begann (vgl. VG Berlin, Urteil vom 4. September 2024 – VG 5 K 277/21 – EA, Seite 17).

Außerdem war die Rechtslage jedenfalls durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 5. Oktober 2004 in der Rechtssache Pfeiffer u.a. (C-397/01 u.a.) geklärt, in der klargestellt wurde, dass der Ausnahmetatbestand der Arbeitszeitrichtlinie möglichst eng zu verstehen und auf echten Katastrophenschutz im engen Sinne, der keine Arbeitszeitplanung erlaubt, beschränkt ist. Damit war auch hinreichend geklärt,

- 10 -

- 10 -

dass der normale Feuerwehrdienst (jenseits von katastrophalen Ereignissen) unter die Arbeitszeitrichtlinie fällt. Dies hält der Europäische Gerichtshof in seiner Antwort auf den Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2003 ausdrücklich so fest: „Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass die Beantwortung [der] Frage [der Anwendbarkeit der Richtlinie 93/104 auf Feuerwehrbeamte] im Lichte seiner Rechtsprechung keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt“ (EuGH, Beschluss vom 14. Juli 2005 – C-52/04 –, Rn. 36), wobei er in der nächsten Randnummer auf seine Rechtsprechung in Sachen Pfeiffer u.a. Bezug nimmt. Die Entscheidung in der Rechtssache Pfeiffer wurde noch im Jahr 2004 in diversen Fachzeitschriften veröffentlicht (vgl. BB 2004, 2353; DB 2004, 2270; EuZW 2004, 691; EWS 2004, 521; NJW 2004, 3547; NZA 2004, 1145; ZIP 2004, 2342). Ein rechtskundiger Dritter konnte die Rechtslage betreffend den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie somit spätestens Ende 2004 zuverlässig einschätzen, so dass die Verjährungsfrist jedenfalls mit Ablauf des Jahres 2004 zu laufen begann (vgl. VG Berlin, Urteil vom 4. September 2024 – VG 5 K 277/21 –, UA S. 17; Urteil vom 12. September 2024 – VG 26 K 75/22 –, UA S. 8).

Rechtsfehlerhaft ist dann allerdings, dass das Verwaltungsgericht bei einer höchstrichterlichen Klärung der Rechtslage durch die Entscheidung Pfeiffer davon ausgeht, dass die Verjährungsfrist mit Ablauf des Jahres 2004 zu laufen begann. Dazu haben wir umfassend ausgeführt (Seite 17ff.), insbesondere anhand der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2019 und der Rechtsprechung eines OLG aus dem Jahr 2007. Die Verjährungsfrist begann erst mit dem 1. Januar 2006. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre. Die Mitarbeiterinformation bezieht sich jedenfalls auf alle unverjährten Ansprüche, also auch auf solche aus den Jahren 2001 bis 2004.

Rechtsanwälte Wahl

Alle weiteren Probleme (mögliche Verwirkung der Verjährungseinrede, Geltendmachung) sind dann im Rahmen des Berufungsverfahrens zu klären..

Dr. Susen Wahl

Rechtsanwältin