



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 33.11
OVG 1 Bf 98/08

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 26. Juli 2012

durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz und Dr. von der Weiden,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen sowie
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Dr. Kenntner

ohne mündliche Verhandlung für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für die in der
Zeit vom 1. Januar 1999 bis 7. Mai 2002 zuviel geleistete
Arbeit von insgesamt 122 Stunden Entschädigung in Geld
nach dem jeweils geltenden Stundensatz für die Mehr-
arbeitsvergütung nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem
Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Urteile des Hamburgischen Obergerichts vom 9. Februar 2011 und des Verwaltungsgerichts Ham-
burg vom 30. Januar 2008 werden aufgehoben, soweit sie
dem entgegenstehen.

Im Übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewie-
sen.

Der Kläger trägt 3/5, die Beklagte trägt 2/5 der Kosten des
Verfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger war bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand wegen Erreichens der Altersgrenze am 31. Juli 2003 bei der Beklagten als Feuerwehrbeamter tätig. Aufgrund bewilligter Altersteilzeit war er vom 8. Mai 2002 vom Dienst freigestellt. Er verlangt einen Ausgleich für vom 1. Januar 1999 bis 7. Mai 2002 über

48 Stunden in der Woche hinaus geleisteten Einsatzdienst. In dieser Zeit betrug die Wochenarbeitszeit für Hamburger Feuerwehrbeamte im Einsatzdienst 50 Stunden.

- 2 Im März 2001 und im Dezember 2005 beantragte der Kläger erfolglos einen Ausgleich für die Zuvielarbeit. Seine Widersprüche vom April 2001 und vom Juni 2006 wurden nicht beschieden.
- 3 Im Klageverfahren hat der Kläger sein Begehren weiterverfolgt und in der Berufungsinstanz in Höhe von 600,76 € teilweise Erfolg gehabt. Das Berufungsgerecht hat angenommen, der Kläger habe einen Anspruch auf einen Ausgleich von 49,86 Stunden. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:
 - 4 Der Kläger sei im geltend gemachten Zeitraum unter Verstoß gegen Unionsrecht zu einer Arbeitszeit von durchschnittlich mehr als 48 Wochenstunden herangezogen worden.
 - 5 Dafür stehe ihm seit dem 1. Januar 2001 ein Ausgleichsanspruch aus Treu und Glauben in Verbindung mit den Rechtsgedanken des Mehrarbeitsrechts der Beamten zu. Der Anspruch sei auf den Zeitraum ab dem Jahr der Antragstellung, hier ab 2001, begrenzt. Als Ausgleich sei zwar vorrangig Dienstbefreiung zu gewähren. Könne der Ausgleichsanspruch erst mit jahrelanger Verspätung durchgesetzt werden und befinde sich der Beamte zudem mittlerweile im Ruhestand, sei ein Geldausgleich zu zahlen.
 - 6 Auszugleichen sei jede Stunde, die der Beamte monatlich über die ohne Ausgleich höchstzulässige Mehrarbeit von fünf Stunden im Monat hinaus Dienst geleistet habe. Da der Geldausgleich die zukünftige Dienstbefreiung ersetze, sei er in Anlehnung an die aktuell geltenden Sätze für Mehrarbeitsvergütung zu berechnen. Diese seien um ein Sechstel zu reduzieren, weil sie auf der Grundlage einer 40-Stunden-Woche berechnet würden, während es um einen Ausgleich für über 48 Stunden in der Woche hinaus geleisteten Dienst gehe. Dieser Anspruch sei nicht teilweise verjährt, weil der Lauf der Verjährungsfrist rechtzeitig durch den 2001 eingelegten Widerspruch gehemmt gewesen sei.

7 Daneben stehe dem Beamten in gleicher Höhe ein unionsrechtlicher Entschädigungsanspruch zu. Dessen Voraussetzungen seien ebenfalls seit dem 1. Januar 2001 erfüllt. Seitdem habe die Beklagte die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Union offenkundig verkannt. Der Anspruch sei nicht davon abhängig, dass der Beamte zuvor die Einhaltung der unionsrechtlichen Bestimmungen oder zeitnah eine Kompensation beantrage.

8 Mit der hiergegen gerichteten Revision beantragt der Kläger sinngemäß,

die Beklagte zu verpflichten, ihm für die in der Zeit vom 1. Januar 1999 bis 7. Mai 2002 zuviel geleistete Arbeit von insgesamt 300 Stunden Entschädigung in Geld nach dem jeweils geltenden Stundensatz für die Mehrarbeitsvergütung nebst Verzugszinsen seit dem 27. März 2007 sowie Zinsen ab Rechtshängigkeit, jeweils in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz zu zahlen, und die Urteile des Hamburgischen Obergerichtes vom 9. Februar 2011 und des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 30. Januar 2008 aufzuheben, soweit sie dem entgegenstehen.

9 Die Beklagte tritt dem entgegen und beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.

10 Der Vertreter des Bundesinteresses beteiligt sich an dem Verfahren.

II

11 Die Revision des Klägers ist teilweise begründet. Der Kläger kann für den vom Berufungsgericht zuerkannten Zeitraum vom 1. Januar 2001 bis zum 7. Mai 2002 einen finanziellen Ausgleich im Umfang von 122 Stunden nach den im Zeitraum der Zuvielarbeit jeweils geltenden Sätzen der Mehrarbeitsvergütung verlangen. Soweit das Berufungsgericht demgegenüber vom monatlich zuviel geleisteten Dienst fünf Stunden abgezogen und auf die aktuelle Mehrarbeitsvergütung abgestellt und diese um ein Sechstel reduziert hat, verstößt das Be-

rufungsurteil gegen revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, § 127 Nr. 2 BRRG, § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamStG). Die Revision des Klägers ist jedoch unbegründet, soweit er auch für vor dem 1. Januar 2001 liegende Zeiten Ansprüche geltend macht und Verzugszinsen begehrt.

- 12 Der Kläger hat vom 1. Januar 1999 bis 7. Mai 2002 regelmäßig anstelle der unionsrechtlich höchstens zulässigen 48 Wochenstunden 50 Stunden Dienst geleistet. Dies verstieß gegen Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (RL 93/104/EG, ABI EG Nr. L 307 vom 13. Dezember 1993 S. 18) sowie Art. 6 Buchst. b der insoweit inhaltsgleichen Nachfolge-Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (RL 2003/88/EG, ABI EG Nr. L 299 vom 18. November 2003 S. 9, Arbeitszeitrichtlinie), sodass die entgegenstehenden Bestimmungen des Arbeitszeitrechts der Beklagten wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts außer Betracht zu bleiben haben (Urteil vom 25. März 2010 - BVerwG 2 C 72.08 - BVerwGE 136, 165 = Buchholz 239.1 § 6 BeamtVG Nr. 6 jeweils Rn. 28). Nach der Begriffsbestimmung des Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG sowie Art. 2 Nr. 1 RL 93/104/EG sind Zeiten des Bereitschaftsdienstes in vollem Umfang in die Berechnung der wöchentlichen Arbeitszeit einzubeziehen, da die Beamten in der Dienststelle anwesend und jederzeit einsatzbereit sein mussten. Die Umsetzungsfrist der im Wesentlichen wortgleichen Vorgängerrichtlinie war bereits seit 1996 abgelaufen (Art. 18 Abs. 1 Buchst. a RL 93/104/EG). Eine Rechtfertigung der unionsrechtswidrigen Zuvielarbeit als Mehrarbeit war nicht möglich (vgl. Urteil vom 29. September 2011 - BVerwG 2 C 32.10 - BVerwG 140, 351 Rn. 11 - 14 m.w.N.).
- 13 Für diese unionsrechtswidrig geleistete Zuvielarbeit stehen dem Kläger ein unionsrechtlicher (1) und ein beamtenrechtlicher Ausgleichsanspruch (2) zu. Die beiden Ansprüche unterscheiden sich zwar in ihren Voraussetzungen, sind aber in der Rechtsfolge (3) gleichgerichtet. Danach ist die pauschal zu errechnende Zuvielarbeit (4) ohne Abzüge auszugleichen, und zwar vorrangig durch Freizeit, hier ausnahmsweise durch Geld (5). Der Geldausgleich ist in Anlehnung an die zum jeweiligen Zeitpunkt der Zuvielarbeit geltenden Stundensätze für Mehrar-

beit im Vollzeitdienst zu gewähren (6). Die danach ab dem 1. Januar 2001 bestehenden Ansprüche des Klägers sind nicht verjährt (7). Der Kläger hat zudem einen Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen ab Klageerhebung (8).

- 14 1. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch entsteht nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Union (EuGH), wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, verleiht dem Geschädigten Rechte (a), der Verstoß gegen diese Norm ist hinreichend qualifiziert (b), und zwischen dem Verstoß und dem Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang (c). Diese von den nationalen Gerichten zu prüfenden Voraussetzungen sind ab dem 1. Januar 2001 gegeben (vgl. zum Ganzen: EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Rs. C-429/09, Fuß - NZA 2011, 53 Rn. 47 f. m.w.N.).
- 15 a) Die erste Voraussetzung liegt vor. Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG sowie Art. 6 Buchst. b RL 2003/88/EG verleihen mit der Festsetzung einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit dem Einzelnen Rechte, die dieser nach Ablauf der Frist zur Umsetzung in das Arbeitszeitrecht des Beklagten unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend machen kann (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 49 f.).
- 16 b) Die Überschreitung der unionsrechtlich vorgegebenen Wochenarbeitszeit begründet bereits seit 1. Januar 2001 einen hinreichend qualifizierten Verstoß.
- 17 Ein derartiger Verstoß liegt vor, wenn der Mitgliedstaat die Grenzen, die seinem Umsetzungsermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat. Ob und wann dies der Fall ist, hängt unter anderem davon ab, wie eindeutig die verletzte Vorschrift ist und wie viel Spielraum dem Mitgliedstaat bei der Umsetzung eingeräumt ist. Ist eine Vorschrift der Auslegung fähig und bedürftig, ist ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht erst dann anzunehmen, wenn die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs verkannt worden ist (vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 51 f. m.w.N.).

- 18 Die Festsetzung der Höchstarbeitszeit (48 Stunden in der Woche) durch Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG sowie Art. 6 Buchst. b RL 2003/88/EG ist eindeutig. Sie war gemäß Art. 18 Abs. 1 Buchst. a RL 93/104/EG bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist am 23. November 1996 im nationalen Recht zu verankern. Seit dem Urteil des Gerichtshofs der Union vom 3. Oktober 2000 - Rs. C-303/98, Simap - (Slg. 2000, I-7997) stand zudem fest, dass nach Art. 2 Nr. 1 RL 93/104/EG bei der Festsetzung von Höchstarbeitszeiten Bereitschaftsdienst wie Volldienst zu werten ist. In der Nachfolgerichtlinie ist auch diese Vorschrift wortgleich in Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG übernommen worden. Damit hätte spätestens zum 1. Januar 2001 das Arbeitszeitrecht für die Landesbeamten durch die Beklagte als umsetzungspflichtige Landesgesetz- und Verordnungsgeberin angepasst werden müssen. Dieser Verpflichtung ist die Beklagte während des hier streitigen Zeitraums nicht nachgekommen (vgl. § 76 Abs. 1 Satz 3 letzter Halbs. HmbBG a.F. sowie § 1 Abs. 2 <Satz 2> ArbzVO Hmb a.F.), obwohl der Gerichtshof diese Rechtsprechung noch mehrfach bestätigt hat (EuGH, Urteile vom 9. September 2003 - Rs. C-151/02, Jaeger - Slg. 2003, I-08415 und vom 5. Oktober 2004 - verb. Rs. C-397/01 bis 403/01, Pfeiffer u.a. - Slg. 2004, I-8878; Beschluss vom 3. Juli 2001 - Rs. C-241/99, CIG - Slg. 2001, I-5141). Erst im Anschluss an den Beschluss vom 14. Juli 2005 - Rs. C-52/04, Personalrat der Feuerwehr Hamburg - (Slg. 2005, I-7113) hat sie das Arbeitszeitrecht für die Feuerwehrbeamten geändert. Ungeachtet der fehlenden Umsetzung der Richtlinie waren Behörden und Gerichte aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gehalten, die Vorgaben der Richtlinie zu befolgen und entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen. Ein Träger öffentlicher Gewalt ist auch in seiner Eigenschaft als öffentlicher Arbeitgeber zur Umsetzung des Unionsrechts verpflichtet (EuGH, Urteile vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 39 und 85 sowie vom 15. April 2008 - Rs. C-268/06, Impact - Slg. 2008, I-02483 Rn. 85). Danach hat die Beklagte nicht nur in ihrer Eigenschaft als zuständige Normgeberin durch dessen Nichtumsetzung hinreichend qualifiziert gegen das Unionsrecht verstoßen, sondern auch in ihrer Eigenschaft als Dienstherrin durch die Nichtbeachtung des Anwendungsvorrangs.
- 19 Entgegen der Auffassung der Beklagten musste nicht erst durch den EuGH geklärt werden, dass die Arbeitszeitrichtlinien auch den Dienst bei der Feuerwehr

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

- 20 Die Beklagte hatte zur Rechtfertigung ihres Verhaltens darauf abgestellt, dass sie den Feuerwehrdienst nach Art. 2 Abs. 2 Unterabs. 1 der Rahmenrichtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (ABI EG Nr. L 183 S. 1) als von der Anwendung der Arbeitszeitrichtlinien ausgenommen halten durfte. Mit dem EuGH ist demgegenüber festzustellen, dass die Vorschriften insoweit eindeutig und klar sind und keinen Raum für vernünftige Zweifel lassen (Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 54, 57 f.; Beschluss vom 14. Juli 2005 - Personalrat der Feuerwehr Hamburg - a.a.O. Rn. 36).
- 21 Bereits nach ihrem eindeutigen Wortlaut erfasst die Ausnahmegvorschrift des Art. 2 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG keine ganzen Tätigkeitsfelder, sondern nur Ausschnitte („spezifische Tätigkeiten bei den Katastrophenschutzdiensten“). Deshalb hatte der EuGH bereits im Urteil vom 3. Oktober 2000 - Simap - a.a.O. (Rn. 35) ausgeführt, dass diese Ausnahmegvorschrift eng auszulegen ist. Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof während des hier

streitigen Zeitraums noch mehrfach bestätigt (EuGH, Urteile vom 9. September 2003 - Jaeger - a.a.O. Rn. 89 und vom 5. Oktober 2004 - Pfeiffer u.a. - a.a.O. Rn. 52 ff.; Beschluss vom 3. Juli 2001 a.a.O. - CIG - Rn. 28 ff.), wobei er dies in dem Urteil vom 5. Oktober 2004 - Pfeiffer u.a. - (Rn. 52 ff.) näher mit dem Hinweis auf den Wortlaut begründet hat. Im Beschluss vom 14. Juli 2005 - Personalrat der Feuerwehr Hamburg - (a.a.O. Rn. 42, 48) hat er dies schließlich ausdrücklich in Bezug auf den Feuerwehrdienst festgestellt.

- 22 Im Übrigen erwähnt Art. 17 Abs. 2 Nr. 2.1 Buchst. c Ziff. iii RL 93/104/EG unter anderem ausdrücklich die Feuerwehrdienste, ebenso die Nachfolgerichtlinie in Art. 17 Abs. 3 Buchst. c Ziff. iii RL 2003/88/EG. Diese Erwähnung wäre überflüssig, wenn die betreffende Tätigkeit bereits ganz vom Anwendungsbereich der beiden Arbeitszeitrichtlinien ausgeschlossen wäre. Sie belegt im Gegenteil eindeutig, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Richtlinie auf den Feuerwehrdienst festgelegt, zugleich aber vorgesehen hat, dass unter außergewöhnlichen Umständen von einzelnen Bestimmungen der Richtlinie - hier insbesondere vom kürzeren Bezugszeitraum, nicht aber von der 48-Stunden-Grenze - abgewichen werden kann (vgl. EuGH, Beschluss vom 14. Juli 2005 - Personalrat der Feuerwehr Hamburg - a.a.O. Rn. 60 sowie Urteil vom 5. Oktober 2004 - Pfeiffer u.a. - a.a.O. Rn. 62 zu den in derselben Richtlinienvorschrift ebenfalls erwähnten Ambulanzdiensten).
- 23 c) Schließlich besteht unzweifelhaft ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen diese Richtlinien und dem Schaden, der durch den Verlust der Ruhezeit entstanden ist, die dem Kläger zugestanden hätte, wenn die in dieser Bestimmung vorgesehene wöchentliche Höchstarbeitszeit eingehalten worden wäre (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 59). Dabei ist es unerheblich, dass zusätzlicher Dienst eines Beamten und der damit verbundene Verlust an Freizeit und Erholungszeit nach nationalem Recht keinen Schaden im Sinne des zivilrechtlichen Schadenersatzrechts darstellt (vgl. dazu Urteile vom 21. Februar 1991 - BVerwG 2 C 48.88 - BVerwGE 88, 60 <63 f.> = Buchholz 237.1 Art. 80 BayLBG Nr. 2 S. 4 f. m.w.N. und vom 28. Mai 2003 - BVerwG 2 C 28.02 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 38 S. 6 m.w.N.). Denn auch insoweit ist allein auf das Unionsrecht abzustellen, das

hierin einen Schaden sieht (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Tenor 1 und Tenor 4 sowie Rn. 59, 61, 63).

- 24 d) An weitere Voraussetzungen - etwa an ein Antragserfordernis - ist der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch nicht gebunden (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 78, 84, 86 f., 90). Die im Urteil vom 29. September 2011 (- BVerwG 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 Rn. 20) zum Ausdruck kommende gegenteilige Ansicht gibt der Senat auf. Die Rechtsfolgen des unionsrechtlichen Ausgleichsanspruchs richten sich nach dem nationalen Recht, wobei Form, Art und Weise der Berechnung der Entschädigung in einem angemessenen Verhältnis zum Schaden stehen müssen, sodass ein effektiver Schutz der Rechte des Einzelnen gewährleistet ist. Danach ist es Sache des nationalen Rechts, ob der Schadenersatz in Form von Freizeitausgleich oder in Form einer finanziellen Entschädigung zu gewähren ist (vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 92 f. 94 ff. jeweils m.w.N.). Da der Verlust an Freizeit nach nationalem Recht kein Schaden ist, ist zur Ausfüllung des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs auf die Rechtsfolgen aus dem nationalrechtlichen Billigkeitsanspruch zurückzugreifen.
- 25 2. Für die unionsrechtswidrig geleistete Zuvielarbeit steht dem Kläger daneben ein beamtenrechtlicher Ausgleichsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben i.V.m. den Regeln über einen Ausgleich von Mehrarbeit, hier § 76 Abs. 2 Satz 2 HmbBG a.F. (entspricht § 61 Abs. 3 Satz 2 und 3 HmbBG) zu (vgl. Urteile vom 29. September 2011 - BVerwG 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351, LS 1 und Rn. 8 f. und vom 28. Mai 2003 - BVerwG 2 C 28.02 - a.a.O. S. 6 f.). Der Billigkeitsanspruch setzt voraus, dass der Beamte rechtswidrig zuviel gearbeitet hat. Er kommt aber nur für rechtswidrige Zuvielarbeit in Betracht, die ab dem auf die erstmalige Geltendmachung folgenden Monat geleistet wurde (Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. LS 3 und Rn. 19 f.). Diese Voraussetzungen sind seit dem 1. April 2001 erfüllt.
- 26 Der Kläger hat erst im März 2001 einen „Antrag“ in diesem Sinne gestellt. Insofern ist aber zunächst klarzustellen, dass normativ geregelte Ansprüche im Beamtenrecht nicht von einer Antragstellung abhängen. Nur wenn es um (natio-

nalrechtliche) Ausgleichsansprüche geht, die nicht im Gesetz geregelt sind - wie der Anspruch auf Zeitausgleich bei rechtswidriger Zuvielarbeit -, bedarf es einer Geltendmachung im Sinne einer Rügeobliegenheit oder Hinweispflicht des Beamten. An die Rüge sind keine hohen Anforderungen zu stellen (Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 19). Es genügt, dass der Beamte schriftlich zum Ausdruck bringt, dass er die wöchentliche Arbeitszeit für zu hoch festgesetzt hält. Ein Antrag im rechtstechnischen Sinn ist nicht erforderlich. Insbesondere muss der Beamte nicht bereits Freizeitausgleich, hilfsweise finanziellen Ersatz beantragen oder gar die Ansprüche richtig benennen.

- 27 Diese Rügeobliegenheit dient dazu, eine Prüfung des Dienstherrn mit dem Ziel herbeizuführen, die Belange des Beamten zu berücksichtigen, und die Dienstpläne entsprechend anzupassen (Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 20). Zugleich muss sich der Dienstherr darauf einstellen können, dass ab diesem Zeitpunkt möglicherweise Ausgleichsansprüche auf ihn zukommen. Insofern folgt die Rügeobliegenheit aus der allgemein bei Rechtsverletzungen geltenden Schadensminderungspflicht des Gläubigers. Sie ist zugleich Ausdruck des Grundsatzes, dass Beamte auf die finanziellen Belastungen des Dienstherrn und dessen Gemeinwohlverantwortung Rücksicht nehmen müssen (Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 19).
- 28 Die Verpflichtung des Beamten, dies zu rügen, gilt auch dann für den Ausgleichsanspruch, wenn er durch einen Verstoß gegen Unionsrecht ausgelöst wird. Der nationale Ausgleichsanspruch entsteht nicht erst bei einem hinreichend qualifizierten, sondern bereits bei einem einfachen Verstoß gegen das Unionsrecht. Deshalb tritt er zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch hinzu und ergänzt ihn im Vorfeld eines qualifizierten Verstoßes gegen das Unionsrecht. Der Beamte gibt dem Dienstherrn mit der Geltendmachung bereits vor dem Vorliegen eines qualifizierten Verstoßes Anlass zu prüfen, ob die Vorgaben der Richtlinie beachtet sind. Damit dient die Rügeobliegenheit gleichzeitig der effektiven Umsetzung des Unionsrechts zum frühest möglichen Zeitpunkt, denn das Unionsrecht verlangte von vornherein - und nicht etwa erst ab der erstmaligen Klärung durch den EuGH -, dass Bereitschaftsdienst wie Voll dienst bei der 48-Stunden-Woche anzurechnen ist.

- 29 3. Beide Ansprüche sind auf zeitlichen Ausgleich in angemessenem Umfang gerichtet. Dies gilt auch dann, wenn über mehrere Jahre Zuvielarbeit geleistet wurde (Urteile vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 9 und vom 28. Mai 2003 a.a.O. S. 6 f.). Als angemessen ist der zeitliche Ausgleich von Zuvielarbeit grundsätzlich dann anzusehen, wenn er ebenso lang ist wie der zuvor geleistete rechtswidrig geforderte Dienst. Zeiten des Bereitschaftsdienstes sind in vollem Umfang auszugleichen; ein Abzug von monatlich fünf ausgleichslos zu leistenden Stunden ist nicht zulässig (vgl. Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 15 - 18).
- 30 Eine geringere Gewichtung des Bereitschaftsdienstes oder ein Abzug von fünf Stunden monatlich wären kein voller Ausgleich für Zuvielarbeit über die wöchentliche Höchstarbeitszeit hinaus und würden dem Sinn und Zweck der unionsrechtlichen Arbeitszeitregelung widersprechen, die die wöchentliche Höchstarbeitszeit zum Schutz der Gesundheit und der Arbeitssicherheit festgelegt hat. Die Sanktionierung einer unionsrechtswidrigen Praxis würde zudem das Gebot verletzen, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu sichern, weil die Überschreitung der normativ festgelegten Höchstarbeitszeit in diesem Umfang folgenlos bliebe. Zwar sind Beamte grundsätzlich verpflichtet, in gewissem Umfang ausgleichslose Mehrarbeit zu leisten (vgl. § 76 Abs. 2 Satz 2 HmbBG a.F., entspricht § 61 Abs. 3 Satz 2 HmbBG, § 88 BBG). Dies gilt jedoch nur bei (rechtmäßiger) Mehrarbeit, nicht aber bei rechtswidrig angeordneter Zuvielarbeit (in Abkehr von den Urteilen vom 28. Mai 2003 - BVerwG 2 C 35.02 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 39 S. 9 und - BVerwG 2 C 28.02 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 38 S. 5). Unabhängig davon darf die unionsrechtlich verbindliche Höchstgrenze der wöchentlichen Arbeitszeit grundsätzlich nicht durch Mehrarbeitsstunden überschritten werden (Art. 6 Buchst. b RL 2003/88/EG sowie Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG); Abweichungen sind nur im Rahmen der unionsrechtlichen Bestimmungen zulässig (vgl. Art. 17, 18 und 22 RL 2003/88/EG sowie Art. 17 und 18 RL 93/104/EG).
- 31 4. Die Zuvielarbeit ist pauschal unter Abzug des sechswöchigen Urlaubsanspruchs sowie einer weiteren Woche für die Wochenfeiertage zu errechnen.

Darüber hinausgehende Anwesenheitstage sind grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Abwesenheitszeiten aufgrund von Krankheit, Sonderurlaub, Abordnungen, Fortbildungen, etc. sind nur dann abzuziehen, wenn sie im Jahr einen erheblichen Umfang erreichen. Dies ist anzunehmen, wenn der Beamte deshalb mindestens in Höhe des Jahresurlaubs von sechs Wochen ununterbrochen keinen Feuerwehrdienst geleistet hat.

- 32 Danach sind von 52 Wochen im Jahr sieben Wochen abzuziehen, sodass der Berechnung der auszugleichenden Zuvielarbeit 45 Wochen mit je zwei Stunden zugrunde zu legen sind. Damit sind im Jahr bei der Hamburger Feuerwehr 90 Stunden, und im Monat 7,5 Stunden, rechtswidrig zu viel gearbeitet worden. Abwesenheitszeiten in erheblichem Umfang sind nicht festgestellt, sodass im gesamten geltend gemachten Zeitraum 300 Stunden Zuvielarbeit angefallen sind. Ansprüche hat der Kläger aber erst ab dem 1. Januar 2001, sodass bei ihm 122 Stunden auszugleichen sind.
- 33 5. Die so errechneten Zuvielarbeitsstunden sind vorrangig durch Freizeit auszugleichen. Kann aber aus vom Beamten nicht zu vertretenden Gründen ein Freizeitausgleich nicht in angemessener Zeit gewährt werden, so gebieten sowohl der an Treu und Glauben orientierte Interessenausgleich als auch der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz, dass die Ansprüche nicht untergehen, sondern sich in solche auf finanziellen Ausgleich umwandeln. Dies betrifft zunächst Fälle, in denen Feuerwehrbeamte - wie hier - nicht mehr in einem aktiven Beamtenverhältnis zur beklagten Körperschaft stehen. Dies gilt aber auch unabhängig davon, wenn - wie hier außerdem - zwingende dienstliche Gründe der zeitnahen Gewährung von Freizeitausgleich entgegenstehen. Das Mehrarbeitsrecht sieht dessen Umwandlung in einen Geldanspruch vor, wenn aus zwingenden dienstlichen Gründen nicht innerhalb eines Jahreszeitraums Freizeitausgleich gewährt werden kann (vgl. § 76 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 HmbBG a.F. <§ 61 Abs. 3 Satz 2 und 3 HmbBG>, § 3 Abs. 1 Nr. 3 BMVergV). Insofern kann trotz des grundlegenden Unterschieds zwischen rechtmäßiger Mehrarbeit und rechtswidriger Zuvielarbeit auf die Vorschriften des Mehrarbeitsrechts zurückgegriffen werden, weil der Zweck des Ausgleichs von Mehrarbeit der glei-

che ist wie derjenige von Zuvielarbeit. In beiden Fällen geht es um einen Ausgleich für eine überobligationsmäßige Heranziehung des Beamten zum Dienst.

- 34 6. Als Anknüpfungspunkt für den danach zu gewährenden Geldausgleich bieten sich allein die im jeweiligen Zeitpunkt der Zuvielarbeit geltenden Sätze der Mehrarbeitsvergütung an. Auf die Besoldung kann nicht zurückgegriffen werden, da diese kein Entgelt im Sinne einer Entlohnung für konkrete Dienste darstellt (stRspr, vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 30. März 1977 - 2 BvR 1039/75 u.a. - BVerfGE 44, 249 <264>, vom 15. Oktober 1985 - 2 BvL 4/83 - BVerfGE 71, 39 <63>, und vom 20. März 2007 - 2 BvL 11/04 - BVerfGE 117, 372 <380>), sondern vielmehr die Gegenleistung des Dienstherrn dafür ist, dass sich der Beamte mit voller Hingabe der Erfüllung seiner Dienstpflichten widmet (stRspr, vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 11. April 1967 - 2 BvL 3/62 - BVerfGE 21, 329 <345>, vom 15. Oktober 1985 a.a.O. S. 59 und vom 20. März 2007 a.a.O.). Sie ist nicht auf die Entlohnung von Arbeitsstunden, sondern auf die Sicherstellung einer amtsangemessenen Lebensführung gerichtet.
- 35 Bei dem Wertersatz geht es wie beim Freizeitausgleich, an dessen Stelle er tritt, um einen billigen sowie angemessenen Ausgleich, der zudem dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz entsprechen muss. Eine Ermäßigung des Ausgleichs durch eine geringere Gewichtung des Bereitschaftsdienstes (vgl. § 5 BMVergV) ist daher auch bei einer Umwandlung in einen Geldausgleich aus den bereits dargestellten Gründen unzulässig (vgl. zum Ganzen auch Urteil vom 29. September 2011 a.a.O. Rn. 16 f.). Deshalb darf entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Mehrarbeitsvergütung auch nicht um ein Sechstel reduziert werden. Die regelmäßige Arbeitszeit, auf deren Grundlage die Mehrarbeitsvergütung gewährt wird, beträgt auch für Feuerwehrbeamte 40 und nicht etwa 48 Stunden (vgl. § 76 Abs. 1 Satz 2 HmbBG a.F., § 1 Abs. 1 Satz 1 ArbZVO Hmb a.F.). Zu einer Überschreitung dieser Stundenzahl kommt es nur aufgrund einer geringeren Gewichtung der Zeiten des Bereitschaftsdienstes (vgl. § 1 Abs. 2 ArbZVO Hmb a.F.) gegenüber dem Volldienst durch den Landesverordnungsgeber, die aber bei der Bemessung der Mehrarbeitsvergütung ohne Bedeutung ist.

- 36 7. Nicht nur der nationalrechtliche Ausgleichsanspruch, sondern auch der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch unterliegt den Verjährungsregeln des nationalen Rechts (vgl. EuGH, Urteile vom 17. November 1998 - Rs. C-228/96, Aprile - Slg. 1998, I-7164 Rn. 19 m.w.N. und vom 11. Juli 2002 - Rs. C-62/00, Marks & Spencer - Slg. 2002, I-6348 Rn. 35 m.w.N.). Fehlen - wie hier - spezielle Verjährungsvorschriften des einschlägigen Fachrechts, so sind die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden. Dabei ist nach dem Gesamtzusammenhang der für den jeweiligen Anspruch maßgebenden Rechtsvorschriften und der Interessenlage zu beurteilen, welche Verjährungsregelung als die sachnächste analog heranzuziehen ist (vgl. Urteile vom 15. Juni 2006 - BVerwG 2 C 10.05 - Buchholz 232 § 78 BBG Nr. 45 Rn. 19 m.w.N., vom 24. Januar 2007 - BVerwG 3 A 2.05 - BVerwGE 128, 99 Rn. 45 = Buchholz 11 Art. 104a GG Nr. 20 Rn. 45 m.w.N. und vom 11. Dezember 2008 - BVerwG 3 C 37.07 - BVerwGE 132, 324 Rn. 8 = Buchholz 428.2 § 8 VZOG Nr. 11 Rn. 8 m.w.N.).
- 37 Da es sich auch beim unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch nicht um einen Schadenersatzanspruch im Sinne der zivilrechtlichen Vorschriften (§ 199 Abs. 2 und 3 BGB) handelt, unterliegen beide Ansprüche den allgemeinen Verjährungsregelungen und damit nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren. Vorher entstandene Ansprüche unterlagen der 30-jährigen Verjährungsfrist, die aber nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 1 und 4 EGBGB auf die ab dem 1. Januar 2002 gemäß § 195 BGB geltende und an diesem Tage beginnende regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren verkürzt worden ist.
- 38 Bei den monatsweise entstandenen Ausgleichsansprüchen beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des jeweiligen Jahres (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Außerdem muss der Gläubiger von der Person des Schuldners und den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt haben oder diese ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Dass er aber auch aus dieser Kenntnis die richtigen Rechtsfolgerungen zieht, wird nicht vorausgesetzt. Selbst wenn man aber mit der zivilrechtlichen Recht-

sprechung bei einer verworrenen Rechtslage die Verjährungsfrist ausnahmsweise erst mit einer gerichtlichen Klärung der Rechtslage beginnen ließe (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2008 - III ZR 220/07 - juris Rn. 7 = WM 2008, 1077 f.; Urteile vom 25. Februar 1999 - IX ZR 30/98 - juris Rn. 19 = LM BGB § 852 Nr. 150 <9/1999> und vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07 - NJW-RR 2009, 547-549 <LS 1, Rn. 15 und 19>), führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Zwar hat der Senat den Billigkeitsausgleich erstmals im Urteil vom 28. Mai 2003 - BVerwG 2 C 28.02 - (Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 38 S. 6 f.) gewährt, jedoch hatte der EuGH bereits 1991 den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch entwickelt (EuGH, Urteil vom 19. November 1991 - Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich u.a. - Slg. 1991, I 5357 Rn. 35; vgl. auch Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 45). Ein hinreichend qualifizierter Verstoß des Beklagten gegen Unionsrecht ist zudem seit dem Urteil des EuGH vom 3. Oktober 2000 - Rs. C-303/98, Simap - (Slg. 2000, I-7997) anzunehmen, sodass spätestens seitdem hinreichende Anhaltspunkte dafür bestanden, dass ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch wegen der Zuvielarbeit erfolgversprechend sein könnte.

- 39 Der Lauf der Verjährungsfrist wird durch Klageerhebung oder durch den nach § 126 Abs. 3 BRRG im Beamtenrecht vorgeschalteten Widerspruch gemäß § 210 BGB a.F. unterbrochen sowie seit dem 1. Januar 2002 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 12 BGB gehemmt (vgl. Urteil vom 9. März 1979 - BVerwG 6 C 11.78 - juris Rn. 12, 13; Beschluss vom 14. April 2011 - BVerwG 2 B 27.10 - juris Rn. 18). Danach wurde die Verjährung der Ansprüche des Klägers bereits durch seinen Widerspruch vom April 2001 unterbrochen. Nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB gilt diese Unterbrechung mit Ablauf des 31. Dezember 2001 als beendet und zugleich der Lauf der neuen Verjährungsfrist mit dem Beginn des 1. Januar 2002 als gehemmt.
- 40 Diese Hemmung dauert weiter an, da eine Erledigung des Widerspruchsverfahrens im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 12 BGB im amtswegigen Verwaltungungsverfahren erst durch den Erlass eines Widerspruchsbescheids (oder die Rücknahme des Widerspruchs) eintritt (ebenso BGH, Urteil vom 24. März 1977 - III ZR 19/75 - juris Rn. 12, 16 f. m.w.N.). Auch die Vorschrift des § 204 Abs. 2 Satz 2

BGB (Beendigung der Verjährungshemmung durch Nichtbetreiben des Verfahrens) gilt in amtswegigen Verfahren nicht (BSG, Urteile vom 24. September 1992 - 9a RV 22/91 - SozR 3-1200 § 45 Nr. 1, vom 12. Februar 2004 - B 13 RJ 58/03 R - BSGE 92, 159 (LS 2) und vom 5. Mai 2010 - B 6 KA 5/09 R - Rn. 49 f).

- 41 8. Einen allgemeinen Grundsatz, der zur Zahlung von Verzugszinsen im öffentlichen Recht verpflichtet, gibt es nicht (vgl. Urteile vom 15. März 1989 - BVerwG 7 C 42.87 - BVerwGE 81, 312 <317 f.> = Buchholz 11 Art. 104a GG Nr. 7 S. 6 f., vom 18. Mai 1994 - BVerwG 11 A 1.92 - BVerwGE 96, 45 <59> = Buchholz 11 Art. 104a GG Nr. 11 S. 12, vom 24. Januar 2007 - BVerwG 3 A 2.05 - BVerwGE 128, 99 = Buchholz 11 Art. 104a GG Nr. 20 <jeweils Rn. 63> und vom 28. Juni 2011 - BVerwG 2 C 40.10 - USK 2011, 147, juris Rn. 11).
- 42 Sofern das einschlägige Fachrecht keine abweichenden Regelungen enthält, können allerdings nach den auch im Verwaltungsprozess anwendbaren Vorschriften der § 291 Satz 1 i.V.m. § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB Rechtshängigkeitszinsen verlangt werden. Nach § 291 Satz 1 BGB hat der Schuldner von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an eine Geldschuld zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. Unerheblich ist insoweit, ob der Anspruch nur hilfsweise geltend gemacht worden war (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 296/88 - NJW-RR 1990, 518 f. m.w.N.). Die Geldschuld muss im öffentlichen Recht in der Weise konkretisiert sein, dass ihr Umfang eindeutig bestimmt ist oder rechnerisch unzweifelhaft ermittelt werden kann. Es darf keine weitere Rechtsanwendung erforderlich sein, um den Geldbetrag zu beziffern. Insofern tritt bereits durch eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Geldforderung deren Rechtshängigkeit ein, wenn die Forderung nur dem Grunde nach streitig ist (zum Ganzen Urteile vom 28. Juni 1995 - BVerwG 11 C 22.94 - BVerwGE 99, 53 <55>, vom 28. Mai 1998 - BVerwG 2 C 28.97 - Buchholz 239.1 § 49 BeamtVG Nr. 5, vom 27. Oktober 1998 - BVerwG 1 C 38.97 - BVerwGE 107, 304 <305 ff.> und vom 22. Februar 2001 - BVerwG 5 C 34.00 - BVerwGE 114, 61 <62 ff.>; Beschluss vom 25. Januar 2006 - BVerwG 2 B 36.05 - Buchholz 240 § 3 BBesG Nr. 7 S. 3).

- 43 Die Ausgleichsansprüche sind zwar monatsweise entstanden und jeweils sofort fällig gewesen, sie waren aber zunächst nur auf Freizeitausgleich gerichtet. An deren Stelle sind aber durch die Zurruhesetzung des Klägers bereits vor der Klageerhebung Ansprüche auf Ausgleich durch eine Geldentschädigung getreten.
- 44 Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Dr. Heitz

Dr. von der Weiden

Thomsen

Dr. Hartung

Dr. Kenntner

Beschluss vom 12. September 2012

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf die Wertstufe bis 4 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 und 3 GKG).

Dr. Heitz

Thomsen

Dr. Hartung