



Rechtsanwälte Wahl | Berliner Allee 54 | 13088 Berlin

Rechtsanwälte

Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg
Hardenbergstr. 31

Michael Wahl
Dr. Susen Wahl

10623 Berlin

Berliner Allee 54
13088 Berlin

Aktenzeichen - Bitte stets angeben:
xx/13

Berlin, den 31.01.2022
XXXXXXXX

Telefon + 49 (0) 30 92 70 – 680
Fax + 49 (0) 30 92 70 - 6899

mail@wahl-kanzlei.de

OVG 4 B 16/20

In der Verwaltungsstreitsache

XXXXXX ./ Land Berlin

wird die mit Schriftsatz vom 20. Dezember 2021 eingelegte **Beschwerde** gegen die Nichtzulassung der Revision wie folgt **begründet**.

Der Rechtsstreit betrifft zwei überaus bedeutsame Fragen des Verjährungsrechts, nämlich:

- wann der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zum Erhalt einer Kompensation für einen Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88/EG im konkreten Fall anzusetzen ist und
- ob die vom BVerwG geforderte vorherige Geltendmachung bei einem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch aufgrund Verletzung der Regelung zur Höchst Arbeitszeit gegen den Effektivitätsgrundsatz und gegen die im Urteil Fuß ./ Stadt Halle aufgestellten Grundsätze verstößt.

Es ist vorliegend unstrittig, dass jedenfalls über 1.000 Berliner Feuerwehrbeamte einen Entschädigungsanspruch haben, weil sie in den Jahren 2001 bis 2004 regelmäßig mehr als die unionsrechtlich höchstens zulässigen 48 Stunden Dienst ableisteten.

Es ist weiterhin unstrittig und dem BVerwG aufgrund der mündlichen Verhandlung im Verfahren 2 C 20.19 am 16. Juni 2020 auch bekannt, dass keiner dieser Beamten bisher seinen Entschädigungsanspruch für diese Jahre durchsetzen konnte.

Es sind in mehreren Städten der Bundesrepublik Verfahren anhängig, in denen es unter anderem - wie in Berlin - um die Problematik des Verjährungsbeginns und die der vorherigen Geltendmachung geht.

Die Frage des Verjährungsbeginns ist somit von grundsätzlicher Bedeutung auch vor dem Hintergrund des Spannungsverhältnisses zwischen dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz und nationalen Regelungen. Damit geht es in dem Rechtsstreit auch um die Frage, ob eine nationale Regelung zum Verjährungsbeginn und damit die *nationale Handhabung der jeweiligen Verjährungsregelungen* dann gegen den Effektivitätsgrundsatz verstößt, wenn sie dazu führt, dass kein Beamter eines Landes seinen bestehenden Anspruch durchsetzen kann, die Durchsetzung somit unmöglich gemacht wird.

A. Sachverhalt

Der Kläger steht als Hauptbrandmeister im Dienst des Beklagten. Er beansprucht für die von ihm in der Zeit vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2004 erbrachte unionsrechtswidrige Zuvielarbeit Ausgleich in Geld nach den Grundsätzen der Mehrarbeitsvergütungsverordnung.

Mit am gleichen Tag bei seiner Feuerwache eingegangenem Schreiben vom 28. September 2001, das bei der Personalstelle am 02. Oktober 2001 einging, machte der Kläger rückwirkend für sechs Monate Zahlungsansprüche für die von ihm geleisteten Bereitschaftsdienste geltend. Zur Begründung ist ausgeführt, aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 3. Oktober 2000 — C-303/98, SIMAP — ergebe sich, dass Bereitschaftsdienste in Form persönlicher Anwesenheit in der Dienststelle insgesamt als Arbeitszeit und gegebenenfalls als Überstunden anzusehen

sein. Die geleisteten Zeiten des Bereitschaftsdienstes seien bisher nicht als Arbeitszeit gewertet und als Überstunden bezahlt worden.

Mit Schreiben vom 4. Oktober 2001 bestätigte die Berliner Feuerwehr den Erhalt dieses Schreibens. Darüber hinaus erklärte sie, der dargestellte Sachverhalt werde zurzeit noch gerichtlich geprüft; sobald sie über den weiteren Ablauf der Angelegenheit informiert sei, werde sie sich schnellstmöglich mit dem Kläger in Verbindung setzen und ihm mitteilen, inwieweit sein Antrag berücksichtigt werden könne.

Mit Schreiben vom 30. Dezember 2007, am 9. Januar 2008 eingegangen, beantragte der Kläger erneut, geleistete Mehrarbeit in Freizeit auszugleichen, hilfsweise zu vergüten.

In einer Mitarbeiterinformation vom 21. April 2008 teilte der Beklagte den Feuerwehrbeamten mit, dass ihm im Zusammenhang mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Arbeitszeit diverse Anträge auf Freizeitausgleich und/oder Mehrarbeitsentschädigung für die zurückliegenden Jahre vorlägen, es ihm aber nicht möglich sei, alle Anträge kurzfristig zu bescheiden. Es sei beabsichtigt, die bei dem Verwaltungsgericht Berlin bereits anhängigen Verfahren als Musterverfahren durchzuführen und nach deren Abschluss eine einheitliche Regelung für alle betroffenen Beschäftigten umzusetzen. Dies werde erfahrungsgemäß einige Zeit in Anspruch nehmen, „eine Verjährung etwaiger Ansprüche (werde) von der Behörde jedoch nicht geltend gemacht.“

Mit Bescheid vom 8. Juli 2013 gewährte der Polizeipräsident Berlin dem Kläger für die Jahre 2005 bis 2008 einen finanziellen Ausgleich für geleistete Zuvielarbeit in Höhe von XXXXXX Euro. Er wies darauf hin, dass dieser Abgeltungsbetrag der Steuerpflicht unterliege und nahm bei der Zahlung einen Steuerabzug in Höhe von XXXXXX Euro vor. Für den vor dem 1. Januar 2005 liegenden Zeitraum berief sich der Beklagte auf Verjährung. Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger mit Schreiben vom 24. Juli 2013 Widerspruch.

Bereits am 30. Mai 2013 hat der Kläger Klage erhoben mit dem Begehren, ihm für geleistete Zuvielarbeit in den Jahre 2001 bis 2004 einen finanziellen Ausgleich zu gewähren.

Am 7. Februar 2014 erweiterte er die Klage hinsichtlich des für den Zeitraum 2005 bis 2008 gewährten Ausgleichs auf Zahlung von XXXXXXX Euro (einbehaltene Steuern).

Mit am 27. Januar 2015 verkündetem Urteil hat das Verwaltungsgericht Berlin die Klage abgewiesen. Hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs auf Zahlung des vorgenommenen Abzugs von Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag auf den für die Jahre 2005 bis 2008 erfolgten Ausgleich von Zuvielarbeit sei die Klage unzulässig. Hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten Geldleistung für in der Zeit vom 01. Januar 2001 bis 31. Dezember 2004 geleitete Zuvielarbeit sei die Klage unbegründet, da einem diesbezüglichen Anspruch die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegenstehe.

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat mit Beschluss vom 9. August 2016 die Berufung zugelassen, soweit der Anspruchszeitraum vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2004 betroffen ist, und den Zulassungsantrag im Übrigen abgelehnt.

Das die Berufung unter Zulassung der Revision zurückweisende Urteil des Senats vom 12. Dezember 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf die von dem Kläger mit der Revision erhobene Rüge der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Berufungsgerichts mit Urteil vom 16. Juni 2020 aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 13. Januar 2021 wies der Polizeipräsident in Berlin den Widerspruch des Klägers gegen den Bescheid vom 8. Juli 2013 unter Bezugnahme auf das einen parallelen Sachverhalt betreffende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juni 2020 (2 C 20.19) zurück. Der Kläger hat diesen Widerspruchsbescheid mit am gleichen Tag angegangenen Schriftsatz vom 11. Februar 2021 in das vorliegende Verfahren einbezogen.

Der Kläger hält an seiner Klage fest.

B. Maßgebliche Vorschriften

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das für die Frage der Verjährung eines

unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs Anwendung findet, lautet auszugsweise:

„§ 194 Gegenstand der Verjährung

(1) Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

...

§ 195 Regelmäßige Verjährungsfrist

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

...

§ 199 Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Verjährungshöchstfristen

(1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem

1.

der Anspruch entstanden ist und

2.

der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

...

214 Wirkung der Verjährung

(1) Nach Eintritt der Verjährung ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern.

...“

Die einschlägigen Vorschriften des Unionsrechts lauten wie folgt:

Die Richtlinie 2003/88/EG auszugsweise:

Art. 6 („Wöchentliche Höchstarbeitszeit“) der Richtlinie bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer:

1.

die wöchentliche Arbeitszeit durch innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern festgelegt wird;

2.

die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.“

...

In der Charta der Grundrechte der Europäischen Union heißt es u.a.:

„Artikel 31

Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

...

(2)

Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.“

C. Rechtliche Würdigung

Die zulässige Beschwerde muss Erfolg haben. Sie wird auf die Revisionszulassungsgründe des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (I.) sowie des § 132 Abs. 2 Nr. 2 (II.), Nr. 3 (III.) VwGO gestützt.

I. Grundsätzliche Bedeutung

Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, da sie abstrakte, in dem hier zu entscheidenden Fall erhebliche Fragen des revisiblen Rechts aufwirft, die im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und im Interesse der Rechtsfortbildung in einem Revisionsverfahren geklärt werden müssen.

1. Grundsätzliche Bedeutung wegen Abweichung des Urteils von Rechtsprechung des BGH

Die Revision ist zuzulassen, weil das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg von den zum Verjährungsbeginn entwickelten Grundsätzen des BGH abweicht und darauf beruht.

a) Erwägungen des OVG zum Verjährungsbeginn

Das OVG führt aus der Kläger habe jedenfalls im September 2001 Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners gehabt; das zeige sein Antrag vom 28. September 2001. Die Verjährung habe demnach mit dem Schluss des jeweiligen Jahres bzw. für Ansprüche aus dem Jahr 2001 am 01. Januar 2002 begonnen. Zu diesem Zeitpunkt sei dem Kläger eine verjährungshemmende bzw. unterbrechende Rechtsverfolgung zumutbar gewesen. Gründe für das Hinausschieben des Verjährungsbeginns lägen nicht vor.

Gleichzeitig führt das OVG weiterhin aus, es komme nicht auf die Sicht und Erkenntnismöglichkeiten des einzelnen Feuerwehrbeamten an. Die Klage habe aus der Sicht eines rechtskundigen Dritten jeweils hinreichende Erfolgsaussichten, Seite 10.

Dann übernimmt das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg die Ausführungen des BVerwG in einem ähnlich gelagerten Fall in seine Urteilsbegründung, um anschließend ohne tiefgründige Ausführungen auf die Rechtsprechung des BAG, des BVerfG und den Vorlagebeschluss des BVerwG zur Einbeziehung des Bereichs der Feuerwehr in die Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie einzugehen.

b) Grundsätzliche Bedeutung

Mit diesen Ausführungen weicht das OVG von den vom BGH entwickelten Grundsätzen zum Verjährungsbeginn ab.

Die Abweichung des angefochtenen Urteils von einer Entscheidung eines (anderen) obersten Bundesgerichts rechtfertigt in der Regel die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache.
(BVerwG, Beschluss vom 22. Juni 1984 – 8 B 121/83 –, juris)

Eine Abweichung in diesem Sinne liegt vor, wenn die anzufechtende Entscheidung ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung, mithin einen Rechtssatz aufstellt, der sich mit einem in der Vergleichsentscheidung aufgestellten und diese tragenden Rechtssatz nicht deckt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.04.2014 - 1 BvR 2851/13).

Im vorliegenden Fall geht es um die Beantwortung der Rechtsfrage zum Verjährungsbeginn eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs.

Gleiches gilt für den vom BGH behandelten Fall III ZR 209/17.

„Zwar ist in der Regel nicht erforderlich, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht. Ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn aber hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesen Fällen fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung (BGH, Urteil vom 17. Januar 2019 – III ZR 209/17 –, Juris, Rn. 82)

Diese ausdifferenzierte BGH-Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten folgt seit vielen Jahren

Gläubigerschutzüberlegungen, welche die Zumutbarkeit der Klageerhebung unter rechtlich unklaren Umständen an die Kenntnis eines vom Gläubiger ggf. einzuschaltenden rechtskundigen Dritten (somit nicht des Gläubigers selbst) knüpft.

Aus der BGH-Rechtsprechung ergibt sich klar, dass es immer auf die Sicht und Kenntnis bzw. Erkenntnismöglichkeiten des Gläubigers selbst ankommt, *es sei denn*, es liegt eine unklare Rechtslage vor.

Das OVG führt aus, dem Kläger sei ab dem 01. Januar 2002 eine verjährungsunterbrechende bzw. -hemmende Rechtsverfolgung zumutbar gewesen, was voraussetzt, dass die Verjährung begann, und verweist auf das Antragsschreiben des Klägers. Deshalb gäbe es keine Gründe, den Verjährungsbeginn ausnahmsweise hinauszuschieben. Die geforderte Kenntnis ist laut oben benannten Rechtssatz beim Gläubiger dann vorhanden, wenn er eine Klage erheben kann, die bei verständiger Würdigung so viel Erfolgsaussichten hat, dass sie ihm zumutbar ist.

Das OVG führt dann – jedoch - weiter aus, die Klage habe aus der maßgeblichen Sicht eines rechtskundigen Dritten jeweils hinreichende Erfolgsaussichten. Das OVG bekräftigt dies noch durch die Aussage, dass es nicht auf die Sicht oder Erkenntnismöglichkeiten des Feuerwehrbeamten ankomme.

Anders formuliert: Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg selbst geht davon aus, dass in den ersten Jahren nach dem EuGH-Urteil aus dem Jahre 2000 eine unsichere Rechtslage vorlag.

Dann ist das Gericht jedoch verpflichtet, Tatsachen aufzuzeigen, die dem Kläger Anlass gaben, in den Jahren 2001 bis 2005 unter den ganz konkreten Umständen (und unter Einbeziehung des Schreibens des Beklagten vom 04. Oktober 2001) den rechtskundigen Dritten hinzuzuziehen, der ihn über den Beginn der Verjährung sowie über zu ergreifende verjährungshemmende Maßnahmen informiert. Dazu trifft das OVG keine Feststellungen. Ebenso ist das Gericht verpflichtet, die Rechtslage ganz genau zu prüfen und festzustellen, ab wann die Rechtslage geklärt ist und der rechtskundige Dritte diese so zuverlässig einschätzen konnte, dass hinreichende Erfolgsaussichten für eine Klage bestanden, dem Gläubiger eine Klage somit zumutbar war.

Es reicht jedenfalls nicht, die Ausführungen des BVerwG in einem anderen Fall einfach in die Urteilsbegründung zu übernehmen (Seite 10), zumal die Ausführungen des BVerwG im Widerspruch zu dem stehen, was das OVG gerade festgestellt hatte. Es ist eine genaue Einzelfallprüfung vorzunehmen.

Es reicht ebenso nicht aus, allgemein festzustellen, dass mit dem Vorlagebeschluss für rechtskundige Dritte deutlich wurde, dass das letzte Wort noch nicht gesprochen sei und es gute Gründe für die Einbeziehung des Bereichs der Feuerwehr in die Arbeitszeitrichtlinie gab.

Maßstab ist auch hier wieder die Rechtsprechung des BGH in einem Vergleichsfall, in dem es um den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch und Feststellungen zum Beginn der Verjährung geht.

„aa) Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 12. Dezember 2013 - III ZR 102/12, juris Rn. 36 und vom 4. Juni 2009 - III ZR 144/05, BGHZ 181, 199 Rn. 38 ff [dort u.a. Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 24. März 2009 - C-445/06 - Danske Slagterier, Slg. 2009, I-2168, NVwZ 2009, 771 Rn. 27 ff]) gilt (auch) für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB seit dem 1. Januar 2002 die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB. Sie beginnt unter den Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB. Die insoweit erforderliche Kenntnis beziehungsweise grob fahrlässige Unkenntnis ist vorhanden, wenn der Geschädigte aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine Schadensersatzklage, sei es nur eine Feststellungsklage, erheben kann, die bei verständiger Würdigung so viel Erfolgsaussicht hat, dass sie ihm zumutbar ist (st. Rspr., siehe nur Senatsurteile vom 23. Juli 2015 - III ZR 196/14, NVwZ 2016, 708 Rn. 15; vom 21. April 2005 - III ZR 264/04, NVwZ 2006, 245, 248 und vom 6. Mai 1993 - III ZR 2/92, BGHZ 122, 317, 325). Die Frage, wann dem Geschädigten eine Klage zumutbar ist, beurteilt sich nach ähnlichen Gesichtspunkten, wie der Senat sie für den Gebrauch eines Rechtsmittels im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB angenommen hat (zur Zumutbarkeit der Klageerhebung im Amtshaftungsrecht: Senat, Urteil vom 11. Mai 1989 - III ZR 88/87, NJW 1990,

245, 247; Beschluss vom 31. Januar 2014 - III ZR 84/13, juris Rn. 6; jeweils mwN). Zwar ist in der Regel nicht erforderlich, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht.

Ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn aber hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesen Fällen fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung (st. Rspr.; siehe nur Senatsurteile vom 3. März 2005 - III ZR 353/04, NJW-RR 2005, 1148, 1149 und vom 14. März 2002 - III ZR 302/00, BGHZ 150, 172, 186; jeweils mwN).

bb) So liegt der Fall hier bis in das Jahr 2002, so dass die Verjährung nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss dieses Jahres begann.

(1) Der Zedent wusste zwar mit Erhalt des Umsatzsteuerbescheides, dass er mit den dortigen - vorliegend als Schaden geltend gemachten - Beträgen belastet wird, hatte mithin Kenntnis von einer konkreten Vermögensminderung (zum Beginn der Verjährung des Amtshaftungsanspruchs mit der formellen Bestandskraft des Steuerbescheids vgl. Senat, Urteil vom 12. Mai 2011 - III ZR 59/10, BGHZ 189, 365 Rn. 39, 41). Ferner war ihm bekannt, dass er diese Beträge an den Staat abführte, kannte also die Person des (potentiellen) Schuldners. Auch waren die Grundlagen und Voraussetzungen, unter denen ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch wegen legislativen Unrechts geltend gemacht werden konnte, seit der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Brasserie du Pêcheur und Factortame (EuGH, Urteil vom 5. März 1996 - C-46/93 und C- 48/93, Slg. 1996, I-1131, NJW 1996, 1267) geklärt (vgl. Senat, Beschluss vom 12. Oktober 2006 - III ZR 144/05, NVwZ 2007, 362 Rn. 28).

(2) Jedoch war die Rechtslage vor dem Hintergrund der - vorstehend (zu 1 b bb (4)) dargelegten - herrschenden Rechtsauffassung zu § 4 Nr. 14, Nr. 16 UStG 1980 und Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. c und g der Sechsten Richtlinie bis zu dem - klarstellenden und dem Zedenten günstigen - Urteil des Gerichtshofs vom 10. September 2002 in der Rechtssache Kügler (aaO) noch so unsicher und zweifelhaft, dass dem Zedenten eine Klageerhebung nicht zumutbar war. Erst im Anschluss an diese Entscheidung 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.

(3) 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. 82 - 86, juris)

Der BGH prüfte bei einem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch in dem vorliegenden Vergleichsfall ausführlich die Rechtslage, auch die Rechtslage nach Einreichen des Vorlagebeschlusses durch das nationale Gericht an den EuGH.

Dagegen stellte das OVG einerseits fest, es habe seit Beginn des Jahres 2002 keine Gründe gegeben, den Verjährungsbeginn hinauszuschieben (geklärte Rechtslage), stellte andererseits aber durchgehend auf die maßgebliche Sicht des rechtskundigen Dritten ab (ungeklärte Rechtslage) .

Die Widersprüchlichkeit ist weder nachvollziehbar noch hinnehmbar, da so die vom BGH entwickelten Grundsätze offensichtlich rechtswidrig und geradezu verwässernd angewandt werden. Es ist die Verweigerung einer fundierten Auseinandersetzung mit dem tatsächlichen Sachverhalt und einer sich anschließenden sachgerechten juristischen Argumentation. Weder hat das OVG die herrschende Rechtsauffassung im Zeitraum 2001 bis 2005 herausgearbeitet, noch sich bei der Einschätzung des Vorlageschlusses an der Rechtsprechung des BGH und den Grundsätzen zum Verjährungsbeginn orientiert.

Das OVG steht, indem es auf die Sicht des rechtskundigen Dritten abstellt, wie bereits ausgeführt, im Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerwG in dieser Problematik.

Das BVerwG vermied es in seinem Urteil vom 16. Juni 2020 (**2 C 20.19**) wohl bewusst, auf die Sicht eines rechtskundigen Dritten abzustellen. Die von 2001 bis 2005 herrschende Rechtslage prüfte es nur oberflächlich. Nach Auffassung des BVerwG kam es darauf nicht an. Übernimmt das OVG nun diese Ausführungen des BVerwG in sein Urteil (S. 10), stellt aber auf die maßgebliche Sicht eines rechtskundigen Dritten ab, so verliert die Argumentation des OVG jede Stringenz und wird offensichtlich rechtswidrig.

Die Sicht eines rechtskundigen Dritten war für das BVerwG irrelevant, denn sie spielt nur dann eine Rolle, wenn die Rechtslage unsicher und zweifelhaft

ist. Das BVerwG folgte somit wenigstens dem Rechtsgrundsatz des BGH, stellte aber bedenklich hohe, nach hiesiger Auffassung zu hohe, Anforderungen an den Feuerwehrbeamten.

Genau dies führte zur berechtigten Kritik des ehemaligen Vizepräsidenten des VG Wiesbaden (und weiterer Richter, die diese nur nicht öffentlich äußern), wonach er es für inakzeptabel hält, dass von Feuerwehrbeamten trotz der einen Anspruch verneinenden Entscheidung eines obersten Gerichts verlangt wird, gleichwohl ihren Anspruch klageweise geltend zu machen, um den Eintritt der Verjährung zu verhindern. Auch vor dem Hintergrund der genannten vorangegangenen Entscheidungen des EuGH (und eines Vorlagebeschlusses des BVerwG) würden ... im Hinblick auf die rechtzeitige Geltendmachung von Ansprüchen Anforderungen an einen Feuerwehrbeamten gestellt, die bedenklich hoch seien (Bernd Wittkowski, NVWZ 2020, 1761 f.).

Mit dem hier angegriffenen Urteil des OVG wird deutlich, dass das Gericht aufgrund der Ausführungen des Klägers (nach der Zurückverweisung) in dem Schreiben vom 28. Oktober 2020 davon ausgeht, dass in den hier maßgeblichen Jahren für den Kläger eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage tatsächlich bestand.

Entgegen der Auffassung des OVG (S. 11) gibt es gerade keinen Rechtssatz, wonach ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Unionsrecht (offensichtliche Verkennung der Rechtsprechung des EuGH) zwangsläufig zeitgleich zur erfolgversprechenden Durchsetzbarkeit eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs auf nationaler Ebene und somit zum Beginn der Verjährung am Ende des jeweiligen Jahres führt, siehe oben. Der Verjährungsbeginn ist umfassend anhand der vom BGH entwickelten Grundsätze zu prüfen.

Die Ausführungen erwecken den Eindruck als müsse sichergestellt werden, dass die Problematik der „vorherigen Geltendmachung von Ansprüchen“ nicht entscheidungserheblich wird (siehe dazu unter „3. Vorherige Geltendmachung“). Das gelingt jedoch nur, wenn das OVG unter Dehnung des Rechts, offensichtlicher Widersprüchlichkeit und Weglassen entscheidender Tatsachen trotz des Vorliegens einer unsicheren Rechtslage zu dem Ergebnis gelangt, die Ansprüche seien verjährt.

Das OVG hätte seine Ausführungen zum Vorlagebeschluss an der Rechtsprechung des BGH orientieren und hinreichend gründlich prüfen müssen, ob ein rechtskundiger Dritter auf der Grundlage des Vorlagebeschlusses tatsächlich die Rechtslage so zuverlässig einzuschätzen vermochte, dass dem Kläger eine Klageeinreichung zumutbar war.

Das OVG ist weder auf die in der Stellungnahme des Klägers im Berufungsverfahren erwähnte Fachliteratur eingegangen, die auch nach dem Vorlagebeschluss die Einbeziehung des Bereichs der Feuerwehr ablehnte, noch die ausgesetzten Verfahren an den Oberverwaltungsgerichten, die Beschlüsse des Bundesrates usw., obwohl - zumindest teilweise - sogar im Tatbestand des Urteils erwähnt. Diese Oberflächlichkeit in der Argumentation des Senats ist nicht nachvollziehbar und hier nicht hinnehmbar.

Unsichere Rechtslage

Da es laut der Ausführungen des OVG auf die maßgebliche Sicht eines rechtskundigen Dritten ankam, also tatsächlich eine zweifelhafte und unsichere Rechtslage vorlag, soll nachfolgend hier umfassend dazu ausgeführt werden:

Mit der SIMAP-Entscheidung des EuGH vom 03.10.2000 (Rs.L 303/98 -) aufgrund der 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 somit selbst für einen rechtskundigen Dritten nicht von einer Übertragbarkeit des Urteils auf den Bereich der Feuerwehr auszugehen.

Durch das Urteil des EuGH ist die unklare Rechtslage in Bezug auf die Maßgeblichkeit der Richtlinie für den Bereich der Feuerwehr höchstrichterlich nicht geklärt worden. Dies wird durch die in der Folgezeit festzustellende unterschiedliche Interpretation des SIMAP Urteils durch die innerstaatlichen Verwaltungsgerichte, Obergerichtspräsidenten und das Bundesverwaltungsgericht sowie das ebenfalls für den Bereich der Feuerwehr zuständige Bundesarbeitsgericht, das Bundesverfassungsgericht sowie höchste Bundesbehörden *nachhaltig belegt*. Auch die die Rechtslage für den Bereich der Feuerwehr verdeutlichende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 14. Juli 2005, **C-52/04**, trägt die Annahme, der Gerichtshof selbst gehe davon aus, die spezifisch bezüglich des Bereichs der Feuerwehr aufgeworfenen Fragestellungen *schon* durch das Urteil vom 03. Oktober 2000 *geklärt zu haben*, nicht.

In der Begründung zur Änderung der Verjährungsfrist hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass „dem Gläubiger innerhalb der maßgeblichen Verjährungsfrist hinreichend Gelegenheit gegeben werden muss, das Bestehen seiner Forderung zu erkennen, ihre Berechtigung zu prüfen, Beweismittel zusammenzutragen und die gerichtliche Durchsetzung der Forderung ins Werk zu setzen“ (Bundestag-Drucksache 14/6040, S. 95)

„Bei einem Anspruch aus § 839 BGB kann die Verjährung erst beginnen, wenn der Geschädigte weiß, daß die in Rede stehende Amtshandlung widerrechtlich und schuldhaft und deshalb eine zum Schadensersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung war.“
(BGH, Urteil vom 16. September 2004 – III ZR 346/03 –, BGHZ 160, 216-232, Rn. 39)

Nicht hinreichend erfolversprechend und unzumutbar ist die Erhebung der Klage bei einer erheblichen Unklarheit der Rechtslage im fraglichen Zeitpunkt des Verjährungsbeginns, „die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht aufzulösen bzw. einzuschätzen vermag“.

Bis zum Ergehen des Urteils des EuGH vom **14. Juli 2005** war höchstrichterlich nicht geklärt und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte umstritten, ob der Bereich der Feuerwehr überhaupt in den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie fällt. Die tatsächliche Entwicklung im Anschluss an die Verkündung der SIMAP Entscheidung belegt, dass die notwendige Klarheit noch nicht eingetreten war.

Die verwaltungsgerichtliche Praxis war völlig uneinheitlich und verworren.

Richtig ist, dass vereinzelt Verwaltungsgerichte eine Einbeziehung des üblichen Dienstes von Feuerwehrbeamten in den Anwendungsbereich der Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung erwogen, 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 Durchsetzung seiner Ansprüche, und nur darauf kommt es an, schließen.

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 Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 20. Januar 2003 – 8 Bf 266/02 PVL –, Rn. 16, juris)

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

Gegen alle drei Entscheidungen hatten die betroffenen Personen Verfassungsbeschwerden eingelegt. Die Verfassungsbeschwerden wurden jedoch vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen. Der wesentliche Teil der – nicht veröffentlichten - Begründung 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 den Urteilen des Bundesarbeitsgerichts keine offensichtliche Verletzung des Beurteilungsspielraums.

Die Oberverwaltungsgerichte setzten 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.

Die Zumutbarkeit der Klageerhebung wegen rechtswidriger Zuvielarbeit folgt, jedenfalls, wenn man sich an der Rechtsprechung des BGH zu Vorlagegeschlüssen orientiert, auch nicht aus dem Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2003. Es reicht für die Zumutbarkeit der Klageerhebung nicht aus, dass erkennbar war, dass das letzte Wort noch nicht gesprochen war. Es reicht ebenfalls nicht aus, dass das BVerwG gute Gründe sah, dass die Bestimmungen über die wöchentliche Höchstarbeitszeit in Art. 6 der Richtlinie auch für die Beamten des Einsatzdienstes der Feuerwehr gelten. 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 Rechtsauffassung erwarten.

Das wird bereits aus der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts deutlich, die sowohl rechtliche Ausführungen enthält, die die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung 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 Feuerwehrkräfte von einer dieser Ausnahmen erfasst würden.

32. Da sich die Feuerwehrkräfte 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 ab (Beispiel: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, S. 1307-1311).

Die Einbeziehung des Bereichs der Feuerwehr war selbst für die Fachwelt nach dem Studium des Vorlagebeschlusses *gerade nicht naheliegend*, 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 eine Klarstellung dahingehend gefordert, dass die Einsatzdienste in den Bereichen der Polizei, staatlich angeordneten öffentlichen Feuerwehren und staatlich angeordneten Werksfeuerwehren gerade nicht 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 Katastrophenschutz Einsatz.

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)

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 Ausnahmevorschrift 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, bejahen 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, weil es nach dem Studium des Beschlusses naheliegend war. Sie setzen die diesbezüglichen Verfahren aus.

Das Argument, der EuGH habe den Vorlagebeschluss wegen der Eindeutigkeit der Einbeziehung für *überflüssig erachtet, stimmt so nicht*. Das Gericht hat lediglich am 14. Juli 2005 angemerkt, dass im Lichte seiner 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.

Der Vorlagebeschluss allein ließ noch keine Abkehr von der bisherigen herrschenden Rechtsauffassung erwarten. Es fehlte vielmehr an der notwendigen Herausbildung einer entsprechenden gefestigten Auffassung.

Nach der Entscheidung im Fall Pfeiffer u.a. (Oktober 2004) bildete sich langsam eine Rechtsauffassung der Verwaltungsgerichte heraus.

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)

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; DVBI 2005, 35; EWS 2004, 521; EuZW 2004, 691; JuS 2005, 357; NJW 2004, 3547; **NVwZ 2005, 200**; NZA 2004, 1145; ZIP 2004, 2342.

Der Zeitpunkt, ab dem die unsichere Rechtslage geklärt war, wird von rechtskundigen Dritten (Gericht) wie folgt dargestellt:

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)

Vor diesem Zeitpunkt wäre keine Prozesskostenhilfe gewährt worden, da keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bestand. Für das

Prozesskostenhilfeverfahren werden die Erfolgsaussichten i.d.R. dann als hinreichend anzusehen sein, wenn die Gründe für und gegen einen Erfolg als gleichwertig zu bewerten sind. Wie die Ausführungen zur unsicheren Rechtslage zeigen, überwogen bis 2005 eindeutig die Gründe gegen einen Erfolg.

Die Kontrolle der Zumutbarkeit der Klageerhebung ist der Revision beim BVerwG umfassend zugänglich.

„Dieses kann aber ohne Einschränkungen beurteilen, ob dem Geschädigten eine Klageerhebung aufgrund des vom Tatrichter festgestellten Kenntnisstands zumutbar war (BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - XI ZR 309/09, WM 2010, 1399 Rn. 13; Urteil vom 26. September 2012 - VIII ZR 279/11, NJW 2013, 1077 Rn. 46; Urteil vom 10. Oktober 2019 - III ZR 227/18, ZIP 2019, 2356 Rn. 12).

(BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 – II ZR 41/20 –, BGHZ 230, 61-71, Rn. 12)

An dieser Stelle soll daran erinnert werden, dass die Grundsätze zur unsicheren Rechtslage durch den BGH zum Gläubigerschutz entwickelt wurden. Verjährungsregeln, also auch solche zur Festlegung des Beginns der Verjährung, müssen mit Rücksicht auf das verfassungsrechtlich geschützte Forderungsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) stets einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Schuldners und des Gläubigers darstellen. Im Fall aller Berliner Feuerwehrleute verbleibt kein Gläubigerschutz, da aufgrund der Festlegung des Verjährungsbeginns durch das BVerwG, das die oben dargestellte unsichere Rechtslage negiert, unstreitig *keiner* der über 1.000 Anspruchsberechtigten *seinen Anspruch* für die Jahre 2001 bis 2004 *durchsetzen konnten*.

Das OVG meint, dass vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerwG ein Misserfolg nicht vorgezeichnet war, Seiten 11 f.

Von der Rechtsprechung des BGH wird keinesfalls gefordert, und hier wird auch nicht argumentiert, dass eine Zumutbarkeit deshalb nicht gegeben gewesen sei, da die damalige Rechtsprechung des BVerwG den Misserfolg einer Rechtsverfolgung im Verwaltungsrechtsweg bereits vorgezeichnet habe.

Das wäre eine Überdehnung des Schuldnerschutzes zulasten des Gläubigers (bei der Überschreitung der Höchstarbeitszeit). Es geht einzig darum, ab welchem Zeitpunkt eine Klage hinreichende Erfolgsaussichten gehabt hätte.

Zudem gab es auch höchstrichterliche Rechtsprechung des BVerwG, die hinreichende Erfolgsaussichten auch im Verwaltungsrechtswege ausschlossen. Zur Arbeitszeit und Bereitschaftszeit sowie deren Bewertung galt die höchstrichterliche Rechtsprechung seit den 60er Jahren:

„Gegen die in der DVV (§ 2 Abs. 1 Satz 3) angewandte Methode, als „Arbeitszeit“ nur die sogenannte „reine Arbeitszeit“ (der vollen Dienstleistung) und die in einem bestimmten Verhältnis anzurechnenden Zeiten der „Bereitschaft“ zu zählen, anstatt bei Vorliegen von Bereitschaft die Arbeitszeit gemäß § 72 Abs. 3 BBG, § 4 AZVO zu verlängern und diese Zeit der effektiven Arbeit als Arbeitszeit zu bezeichnen, bestehen im Grundsatz keine Bedenken.“ (BVerwG, 08.03.1967, VI C 79/63)

Zur Arbeitszeitverlängerung bei der Feuerwehr und Bereitschaftsdienst bis zu 56 Stunden wöchentlich führte beispielsweise das Sächsische OVG 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 Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 31. Mai 2001 – 2 B 476/99 –, juris)

Diese Rechtsprechung hatte Bestand bis zur Entscheidung des EuGH am 14. Juli 2005.

- Die Tätigkeiten, die von den Einsatzkräften einer staatlichen Feuerwehr ausgeübt werden, fallen in der Regel in den Anwendungsbereich dieser Richtlinien, so dass Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 grundsätzlich der Überschreitung der Obergrenze von 48 Stunden entgegensteht, die für die wöchentliche Höchstarbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst vorgesehen ist; (EuGH, Beschluss vom 14. Juli 2005 – C-52/04 –, juris)

Die klageweise Durchsetzung der Ansprüche - und nur darum geht es -, war erst nach der Entscheidung des EuGH vom 14. Juli 2005 erfolgversprechend, wenn auch nicht risikolos.

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 sind für rechtskundige Richter trotz Kenntnis sämtlicher anspruchsbegründenden Umstände und der Person des Schuldners hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben, dass ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch im Raum steht und somit als relevant in dem Fall zu prüfen ist. Der Anspruch wird vom

Richter Dr. Heydemann im Jahre 2009 weder erkannt noch geprüft. Mittels eines übernommenen Textblocks urteilte die 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).“

Und eben jener Richter entscheidet nunmehr – in gleicher Sache – über die Zulassung der Revision mit als Vorsitzender Richter des Senates des OVG Berlin-Brandenburg.

Risiken gibt es mithin, trotz zwischenzeitlich klarer Rechtslage zum Anwendungsbereich, immer noch genug.

Zudem erklärte der Beklagte, dass die Grundsätze der rechtswidrigen Zuvielarbeit erst mit dem Urteil des BVerwG vom 26. Juli 2012 geklärt waren.

Ganz ähnlich sah das auch das Kreisverwaltungsreferat München in seiner Sitzungsvorlage Nr. 08-14 / V 12090 im Jahre 2013, als dort ausgeführt wurde: „Erst nach Veröffentlichung der Gründe des Urteils des BVerwG vom 26. Juli 2012 im Oktober 2012 war das der Fall.“

Beweis: Sitzungsvorlage der Stadt München, **Anlage ZR 1**

Aus alledem ergeben sich für den Kläger folgende **Rechtsfragen**, die ungeklärt und sowohl für das Berufungsverfahren als auch für das Revisionsverfahren erheblich sind:

- Will sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit für den Verjährungsbeginn eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch auch zukünftig an den vom BGH aufgestellten Grundsatz halten, wonach die insoweit erforderliche Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis dann vorhanden ist, wenn der Geschädigte (Gläubiger) eine Klage erheben kann, die bei verständiger Würdigung so viel Erfolgsaussicht hat, dass sie ihm zumutbar ist?

- Will die Verwaltungsgerichtsbarkeit den Verjährungsbeginn eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs nunmehr immer an die Sicht des rechtskundigen Dritten knüpfen oder bleibt es bei dem vom BGH aufgestellten Grundsatz, dass die Sichtweise des rechtskundigen Dritten bei unsicherer und verworrener Rechtslage eine Rolle spielt und dann entsprechend der genaue Zeitpunkt zu ermitteln ist, zu dem die Zumutbarkeit der Klageerhebung für den Gläubiger vorlag ?
- Stehen die Widersprüchlichkeiten der Ausführungen des OVG im Einklang mit dem vom BGH entwickelten Rechtssätzen zum Verjährungsbeginn, insbesondere bei unsicherer Rechtslage?

Klärungsfähigkeit und -bedürftigkeit, Entscheidungserheblichkeit

Die Rechtsfragen sind klärungsfähig, da der Ausgang des Rechtsstreits maßgebend von der Beantwortung dieser Rechtsfragen abhängt.

Klärungsfähig ist die Rechtsfrage, wenn sie nach den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz beantwortbar ist.

Die Klärung der Rechtsfragen, ob die Widersprüchlichkeit der Ausführungen des OVG mit den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung zur unsicheren Rechtslage im Einklang stehen und ab welchem Zeitpunkt der rechtskundige Dritte von einer solchen Erfolgsaussicht ausgehen konnte, dass dem Kläger eine Klage zumutbar war, ist allgemein klärungsfähig und klärungsbedürftig.

Dem steht auch nicht entgegen, dass das BVerwG in seiner Entscheidung vom 16. Juni 2020 (**2 C 20.19**) die Frage der Zumutbarkeit in einem Einzelfall bereits geprüft hat. Nunmehr stellt nämlich das OVG Berlin-Brandenburg auf die maßgebliche Sicht eines rechtskundigen Dritten ab. Der Gläubiger (Feuerwehrbeamter) selbst spielt keine Rolle. Das zeigt, dass das OVG selbst von einer unsicheren Rechtslage ausgeht, ohne anschließend die Rechtslage zum entscheidenden Zeitpunkt entsprechend analysiert und bewertet. Im Berufungsverfahren des Klägers wurden umfassend neue Gesichtspunkte zur damaligen Rechtslage eingebracht, die im Verfahren **2 C 20.19** noch nicht bzw. nicht mehr bekannt waren, die somit ein erneutes Befassen des BVerwG mit der Frage der Zumutbarkeit der Klageerhebung erfordern.

Hinzu kommt die Auffassung in der Fachliteratur, dass das BVerwG im Verfahren **2 C 20.19** bedenklich hohe Anforderungen im Hinblick auf die rechtzeitige klageweise Geltendmachung von Ansprüchen an die Feuerwehrbeamten stellte.

Die Rechtsfrage stellt sich in einer unbestimmten Anzahl von Verfahren, in denen Feuerwehrbeamte rechtswidrige Zuvielarbeit geleistet haben und betrifft nicht nur den Kläger (allein in Berlin 750 Widerspruchsverfahren). Dieses Verfahren versteht sich als Musterverfahren. Zudem laufen in anderen *bundesdeutschen* Städten weitere Verfahren zur gleichen Problematik.

Die Rechtsfrage ist entscheidungserheblich. Wird auf den rechtskundigen Dritten abgestellt, liegt eine unklare Rechtslage vor, so ist der genaue Zeitpunkt zu prüfen, ab dem die Rechtslage geklärt war (siehe oben). Das hat das OVG unterlassen. Ist eine Klageerhebung erst nach dem Urteil des EuGH vom 14. Juli 2005 zumutbar, folgt daraus die Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Klägers, denn diese sind dann im Jahr 2008 – dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Mitarbeiterinformation - noch nicht verjährt.

2. Grundsätzliche Bedeutung wegen Verstoßes des Verjährungsbeginns gegen den Effektivitätsgrundsatz

Gerade in den letzten Jahren hat der EuGH deutlich gemacht, dass auch Regelungen zum Beginn von nationalen dreijährige Verjährungsfristen gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen können.

„Der Gerichtshof hat in anderem Zusammenhang entschieden, dass die Anwendung einer Verjährungsfrist geeignet ist, die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte übermäßig zu erschweren, und folglich gegen den Effektivitätsgrundsatz in Verbindung mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit zu verstoßen, wenn sie zu einem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem der Anspruchsteller den Umfang seiner Rechte aus dem Unionsrecht nicht kennen oder nicht richtig erfassen konnte, weil er nicht über die erforderlichen Informationen verfügte (vgl. in diesem Sinne zur Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen EuGH 16. Juli 2020 - C-224/19 und C-259/19 - Rn. 90 f.; 13. September 2018 - C-176/17 - [Profi Credit Polska] Rn. 69).“ (BAG, EuGH-Vorlage vom 29. September 2020 – 9 AZR 266/20 (A) –, Rn. 57, juris)

Die hier sogleich zitierte Entscheidung des EuGH vom 22. April 2021 macht ebenfalls deutlich, dass grundsätzlich gewährte Rechtspositionen sich auch im nationalen Recht effektiv klageweise durchsetzen lassen müssen.

„Der Gerichtshof hat außerdem klargestellt, dass die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Wirksamkeit der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten, u. a. für die sich aus der Richtlinie 93/13 ergebenden Rechte das Erfordernis eines gerichtlichen Rechtsschutzes – das auch in Art. 47 der Charta verankert ist – impliziert, der insbesondere für die Verfahrensmodalitäten für Klagen gilt, die sich auf solche Rechte stützen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 17. Juli 2014, *Sánchez Morcillo und Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, Rn. 35, sowie vom 31. Mai 2018, *Sziber*, C-483/16, EU:C:2018:367, Rn. 49).“

(EuGH, Urteil vom 22. April 2021 – C-485/19 –, Rn. 54, juris)

„Hinsichtlich, drittens, des Zeitpunkts, ab dem die geprüfte Verjährungsfrist zu laufen beginnt, besteht unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens eine nicht zu unterschätzende Gefahr, dass sich der betroffene Verbraucher innerhalb der vorgeschriebenen Frist nicht auf die Rechte beruft, die ihm das Unionsrecht verleiht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. März 2020, *OPR-Finance*, C-679/18, EU:C:2020:167, Rn. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung), was es ihm unmöglich machen würde, diese Rechte geltend zu machen.

(EuGH, Urteil vom 22. April 2021 – C-485/19 –, Rn. 60, juris)

Der EuGH stellt klar, dass er der schwächeren Position des Verbrauchers umfassend Rechnung trägt. Gleiches hat der EuGH mehrfach für Arbeitnehmer in seiner Rechtsprechung zur Arbeitszeitrichtlinie, insbesondere bei einem Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b ausgeführt.

Nach der BGH-Rechtsprechung wird die Zumutbarkeit der Klageerhebung unter rechtlich unklaren Umständen an die Kenntnis eines vom Gläubiger ggf. einzuschaltenden rechtskundigen Dritten (nicht des Gläubigers selbst) geknüpft. Ob dieser Aspekt vom EuGH unter Effektivitätsgesichtspunkten für hinreichend tragfähig gehalten wird, ist zu klären.

Die Revision ist deshalb zuzulassen,

- weil die Rechtsfrage ungeklärt und sowohl für die Berufungs- wie für die Revisionsentscheidung erheblich ist, ob das Unionsrecht, insbesondere der Effektivitätsgrundsatz und der Grundsatz der Rechtssicherheit, einer Regelung wie der in § 199 BGB entgegensteht, der die Zumutbarkeit der Klageerhebung unter rechtlich unklaren Umständen an die Kenntnis, Sicht und Erkenntnismöglichkeiten eines vom Arbeitnehmer (Beamten) hypothetisch einzuschaltenden rechtskundigen Dritten knüpft. Das OVG Berlin-Brandenburg hatte

festgestellt, dass es nicht auf die Sicht und Erkenntnismöglichkeiten des Gläubigers (Feuerwehrbeamten) ankommt, sondern auf die Sicht des rechtskundigen Dritten, ohne jedoch zu erörtern, aus welcher Tatsache sich die Notwendigkeit der Einschaltung des rechtskundigen Dritten ergibt und ohne genau zu ergründen, wann die Rechtslage geklärt war.

- weil die Rechtsfrage ungeklärt und sowohl für die Berufungs- wie für die Revisionsentscheidung erheblich ist, ob das Unionsrecht, insbesondere der Effektivitätsgrundsatz, einer nationalen Regelung zum Verjährungsbeginn entgegensteht, wenn die Verjährungsfrist zu einem Zeitpunkt zu laufen beginnt und teilweise sogar beendet war, zu dem der Anspruchsteller den Umfang seiner Rechte aus der Arbeitszeitrichtlinie nicht richtig erfassen konnte, da er sowie alle seiner ca. 1.000 Kollegen noch nicht über die erforderliche Information verfügte, ob seine Tätigkeit in den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie fällt, weil nach deutscher höchstrichterlicher Rechtsprechung sich eine Ausnahmeregelung auf den Bereich der Feuerwehr erstreckt (Bundesrat November 2004).

- weil die Rechtsfrage ungeklärt und sowohl für die Berufungs- wie für die Revisionsentscheidung erheblich ist, ob es mit Unionsrecht, insbesondere dem Effektivitätsgrundsatz, vereinbar ist, dass sich der Dienstherrn auf die Einrede der Verjährung beruft, obwohl er durch seine Mitteilung, es finde gerade eine gerichtliche Klärung statt und er werde, sobald er über das weitere Vorgehen informiert sei, dem Kläger mitteilen, inwieweit sein Antrag berücksichtigt werden könne, die Einreichung einer Klage ursächlich verzögerte.

Ist das Unionsrecht, insbesondere der Grundsatz der Rechtssicherheit dahingehend auszulegen, dass es einer nationalen Regelung über den Beginn einer Verjährungsfrist entgegensteht, die es sämtlichen Feuerwehrbeamten im Land Berlin unmöglich macht, eine Kompensation für unionsrechtswidrige Zuvielarbeit aufgrund des Verstoßes gegen Art. 6b der Richtlinie 2003/88/EG in den Jahren 2001 bis 2004 zu erlangen, und die auf Bundesebene dazu führte, dass Feuerwehrbeamte zur Durchsetzung ihrer Ansprüche mehrheitlich auf

Verjährungsverzichtserklärungen ihres Dienstherrn angewiesen waren?
Es war unter anderem bis zum Vorlagebeschluss des BGH vom 12. Oktober 2006 höchstrichterlich nicht entschieden, in welcher Frist der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch verjährt, was der Rechtsprechung des EuGH widerspricht, wonach eine Verjährungsfrist aus Gründen der Rechtssicherheit im Voraus festgelegt werden muss.

Es ist angesichts des erkennbaren Spannungsfelds zwischen dieser Rechtsprechung des BVerwG und der Entscheidungen des EuGH zum Fristbeginn bei Verjährungen und Ausschlussfristen geboten, die Grundsätze bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage für Entschädigungsklagen wegen Verletzung der Arbeitszeitrichtlinie im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes besonders sorgfältig zu prüfen.

Diese sorgfältige Prüfung misslingt dem 4. Senat des OVG Berlin-Brandenburg nach Auffassung des Klägers.

a) Erwägungen des OVG

Nachdem das OVG festgestellt hatte, dass es auf die Sicht des rechtskundigen Dritten ankomme, führt es aus, dass für die Annahme, dem Kläger sei die Ausübung seiner durch Unionsrecht verliehenen Rechte übermäßig erschwert worden, kein Raum sei. Der Kläger hätte, so das OVG, rechtskundig beraten, auch eine Rechtsverfolgung als erfolgversprechend einschätzen können. Eine Vorlage an den EuGH, um diesen mit der Frage des Verjährungsbeginns zu befassen, käme nicht in Betracht.

Das Schreiben des Klägers vom 28. September 2001 habe die Verjährung nicht unterbrochen, da es sich nicht um einen Widerspruch gehandelt habe.

Das Schreiben des Beklagten vom 04. Oktober 2001 habe die Verjährung nicht gehemmt, da keine Verhandlungen liefen.

Der Beklagte sei durch sein Verhalten auch nicht an der Erhebung der Verjährungseinrede gehindert.

b) Grundsätzliche Bedeutung - Effektivitätsgrundsatz

Die Ausführungen des OVG Berlin-Brandenburg zur Prüfung des Effektivitätsgrundsatzes beim Verjährungsbeginn, insbesondere bei unsicherer Rechtslage, begegnen erheblichen Bedenken.

Bei der Prüfung der Effektivität geht es um die Problematik der klageweisen Durchsetzung eines Anspruchs.

„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 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.

Entgegen der Auffassung des OVG ist auch dann, wenn der Kläger wie im vorliegenden Fall vorsorglich außergerichtlich einen Antrag stellte und damit lediglich zu erkennen gab, dass er die Möglichkeit einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit sah, der Beginn der Verjährungsfrist am Effektivitätsgrundsatz zu messen.

Außerdem sind die Besonderheiten des Verfahrens vor innerstaatlichen Stellen nach der Rechtsprechung des EuGH umfassend zu berücksichtigen. Dies verabsäumt das OVG Berlin-Brandenburg.

Aufgrund der Rechtsprechung des BVerwG ist jeder Beamte gezwungen, selbst dann schon Ansprüche geltend zu machen bzw. Anträge/Widersprüche einzureichen, wenn er auch nur minimale Chancen für die Durchsetzbarkeit des jeweiligen Anspruchs sieht.

Das BVerwG macht mit seiner jetzigen Rechtsprechung die Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen wegen rechtswidriger Zuvielarbeit *unmöglich*, indem es dem jeweiligen Kläger

- entweder entgeht, er hätte seine Ansprüche früher durch Antragstellung geltend machen müssen,
- oder aber, wenn er seine Ansprüche früh durch Antragstellung angemeldet hat, er habe zeitnah Klage erheben müssen und dies trotz nachweisbar unsicherer Rechtslage (siehe oben), er habe schließlich alles gewusst, um eine Klage erfolgversprechend einreichen zu können.

Es ist nach fester Überzeugung des Klägers abwegig und lebensfremd, ihm, dem Feuerwehrbeamten, „ins Blaue hinein“ zu attestieren, er habe zum Zeitpunkt der Antragstellung Kenntnis sämtlicher für eine klageweise

Geltendmachung notwendigen Tatsachen gehabt.

Das entscheidende Merkmal des Tatbestandes war umstritten und wurde von der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung gar abgelehnt – nämlich die Geltung der Arbeitszeitrichtlinie für den Bereich der Feuerwehr.

Diese lediglich außergerichtliche Antragstellung kann nicht ohne weitere Anhaltspunkte zur Folgerung führen, der Kläger habe aufgrund dieses Antrages eine hinreichend aussichtsreiche, wenn auch nicht risikolose Klage erheben können, weil er von den Umständen und dem Schuldner Kenntnis gehabt habe (siehe ebenfalls oben BGH-Prüfung).

Dies insbesondere schon deshalb nicht, weil der Kläger sowie seine Kollegen ein Schreiben vom Beklagten erhielten.

Mit Schreiben vom 4. Oktober 2001 bestätigte die Berliner Feuerwehr den Erhalt des Antragsschreibens. Darüber hinaus erklärte sie, der dargestellte Sachverhalt werde zurzeit noch gerichtlich geprüft; sobald sie über den weiteren Ablauf der Angelegenheit informiert sei, werde sie sich schnellstmöglich mit dem Kläger in Verbindung setzen und ihm mitteilen, „inwieweit Ihr Antrag berücksichtigt werden kann.“

Das OVG prüfte das Schreiben vor dem Hintergrund des § 203 Satz 1 BGB (Hemmung). Zudem ist es der Auffassung (S. 16), es handele sich lediglich um eine Eingangsbestätigung zu dem vom Kläger gestellten Antrag, in dem auf laufende gerichtliche Prüfung vergleichbarer Ansprüche anderer Feuerwehrbeamter verwiesen und eine weitere Kontaktaufnahme für den Abschluss angekündigt werde. Mit diesen Ausführungen setzt sich das OVG in Widerspruch zu den eigenen Ausführungen im unstrittigen Teil des Tatbestandes. Das Schreiben enthielt weit über eine Eingangsbestätigung hinausgehende Informationen. Es ging nicht um eine bloße Kontaktaufnahme nach Abschluss.

Durch dieses Schreiben, welches explizit auf die noch ausstehende Klärung der Rechtslage hinwies und eine Entscheidung nach Klärung ankündigte, wurde dem Kläger und seinen Kollegen die klageweise Durchsetzung seiner Ansprüche erschwert, da jedenfalls die Einreichung einer Klage durch den Dienstherrn bewusst verzögert wurde. Dem Kläger wurde so die Möglichkeit

genommen, seine Rechte aus der Unionsrechtslinie vor dem national zuständigen Gericht innerhalb der Verjährungsfrist geltend zu machen.

Der Verweis auf eine Untätigkeitsklage ist aufgrund der Ausführungen des Beklagten gerade ausgeschlossen. Soweit ersichtlich, wurden auch in anderen Bundesländern keine Untätigkeitsklagen erhoben. Die jeweiligen Behörden hatten über die Anträge entscheiden. Wenn über einen Widerspruch oder über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden ist, so ist die Klage abweichend von § 68 zulässig. Im vorliegenden Fall wurde jedoch vom Dienstherrn ein *zureichender Grund* angegeben, nämlich die ausstehende gerichtliche Klärung.

Hier geht es nicht um die Frage der Hemmung der Verjährung. Es geht darum, ob der Dienstherr bewusst eine Handlung vornahm, die darauf gerichtet war, die Klage jedenfalls zu verzögern und ob er sich unter diesen Umständen auf die Einrede der Verjährung berufen darf.

Das OVG hat im Rahmen des Effektivitätsgrundsatzes die Problematik der Besonderheiten des Verfahrens vor der innerstaatlichen Behörde nicht prüft, nicht einmal erkannt.

Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung darf missdeutbares Verhalten der Behörde dieser nicht zum Vorteil gereichen.

„Für die Frage, ob das Unterbleiben der Klagerhebung gerechtfertigt ist, kann somit nicht der Standpunkt der Behörde maßgebend sein, wie nach ihrer Auffassung ihre Erklärung zu verstehen sei; vielmehr muß davon ausgegangen werden, wie der Empfänger sie verstehen durfte. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob objektiv ein zureichender Grund im Sinne von § 75 Satz 1 VwGO vorgelegen hat, über den Widerspruch nicht innerhalb der einjährigen Frist zu entscheiden. Maßgebend ist allein, daß der Empfänger einer behördlichen Äußerung in seinem schutzwürdigen Vertrauen auf eine Erklärung der öffentlichen Hand geschützt werden muß, so daß Unklarheiten zu Lasten der Behörde gehen.“
(BVerwG, Urteil vom 21. April 1972 – VII C 80.70 –, Rn. 19 - 20, juris)

Untersucht man das Schreiben des Beklagten unter diesem Gesichtspunkt, so ist das Unterlassen der Klagerhebung durch den Kläger, so die Verjährung denn überhaupt schon begonnen hat, gerechtfertigt. Der Beklagte hatte dem Kläger nach Verweis auf die stattfindende gerichtliche Prüfung des Sachverhalts mitgeteilt, er werde nach Informationen über den weiteren

Ablauf der Angelegenheit sich schnellstmöglich mit dem Kläger in Verbindung setzen, und ihm mitteilen, inwieweit sein Antrag berücksichtigt werden könne.

Es mag sein, dass in diesem Satz zum Ausdruck kommt, der Beklagte beabsichtige nicht, dem Kläger zeitlich unbegrenzt ohne Einwendung der Verjährung entgegenzukommen. Diese Auslegung ist aber nicht zwingend; denn von einem Entgegenkommen kann schon deshalb keine Rede sein, weil das Abwarten der gerichtlichen Klärung auch im Interesse des Beklagten lag und gerade diese von sich aus den Vorschlag gemacht hatte, die Entscheidung über den Antrag zurückzustellen. Dies wird auch durch die Mitarbeiterinformation deutlich.

Jedenfalls musste und konnte der Kläger von einem zureichenden Grund ausgehen, was eine Untätigkeitsklage ausschloss, ebenso von einer unübersichtlichen und verworrenen Rechtslage, wenn selbst die Rechtsabteilung des Beklagten zu diesem Zeitpunkt die Rechtslage nicht einschätzen konnte und auf eine gerichtliche Klärung verwies. Unter diesen Voraussetzungen hatte weder ein rechtskundiger Gläubiger Anlass zu einer gerichtlichen Rechtsverfolgung, noch hatte ein rechtsunkundiger Gläubiger Anlass, rechtskundigen Rat einzuholen.

Ebenso sah es beispielsweise die Behörde in Leverkusen, die jedenfalls den Beamten, die einen Antrag gestellt hatten und die Antwort bekommen hatten, dass sie unaufgefordert Bescheid erhalten, sobald eine entsprechende Information erfolgt ist, im Jahr 2013 die volle Entschädigung zahlte

Beweis: Artikel

Anlage ZR 2

Die Verkündung des Urteils vom 03. Oktober 2000 hat die maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte für die Beurteilung der Anwendung der Richtlinie 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.

Im April 2008 wurde die hier schon häufiger zitierte Mitarbeiterinformation veröffentlicht, wonach eine Verjährung etwaiger Ansprüche nicht geltend gemacht werde.

Selbst die Behörde musste intern ihren Angestellten erst erklären, wie diese Mitarbeiterinformation nach dem Willen der Leitung auszulegen ist.

Beweis: Schreiben der Senatsverwaltung, **Anlage ZR 3**

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, allerdings wäre dann die Frage der vorherigen Geltendmachung wieder entscheidungserheblich (siehe dazu unten).

In Städten/Kommunen, in denen eine vollständige Entschädigung der Feuerwehrbeamten seit 01. Januar 2001 gezahlt wurde, beruhte dies darauf, dass der Dienstherr im Zusammenhang mit einzelnen Musterverfahren zu unterschiedlichen Zeitpunkten Verjährungsverzichtserklärungen abgab, siehe dazu Ausführungen zu München (**Anlage 1**) bzw. in einigen Städten Vergleiche getroffen wurden.

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.

Ein weiter 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 dem Urteil des **BGH** aus dem **Jahre 2006** wurde geklärt, in welcher Frist der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch verjährt.

„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)

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 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, selbst, wenn der BGH in seinem oben zitierten Urteil aus dem Jahr 2019 nicht auf diese Problematik einging. Dies bedeutet nicht, dass sie nicht existiert. Im vorliegenden Fall geht es um Ansprüche aus den Jahren 2001 bis 2004.

Würde diese Entscheidung Bestand haben, so könnte sich also in Zukunft der Gläubiger bei der Prüfung der drohenden Verjährung seines Anspruchs nicht mehr auf klare Regelungen verlassen, sondern es könnte – quasi aus

der Zukunft heraus -, gepaart mit dem entsprechenden Überraschungsmoment, der Schleier der rechtshemmenden Einrede über seine Ansprüche geworfen werden. Völlige Rechtsunsicherheit wäre die Folge, gerade bei Ansprüchen, deren Verjährungsfrist sich nicht aus dem BGB ableiten lässt.

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 selbst vorgeschlagen hatte, die gerichtliche Klärung abzuwarten. 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.

Sofern das OVG ausführt, der Kläger habe seine Ansprüche erkennen können und auch erkannt und, rechtskundig beraten, auch eine Rechtsverfolgung als erfolgversprechend einschätzen können (Seite 13), blendet es die Besonderheiten der Antragstellung für Beamte, die unsichere Rechtslage sowie die Implikationen des Schreibens des Beklagten einfach aus. Das ist nicht hinnehmbar.

Es ist **dem EuGH** die Frage **vorzulegen**,

- ob eine Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Verletzung von Art. 6 Buchst. b der Arbeitszeitrichtlinie (Höchstleistungszeit) gegen den Effektivitätsgrundsatz in Verbindung mit dem Grundsatz auf Rechtssicherheit verstößt, die zu laufen beginnt und teilweise abgelaufen ist, bevor der Feuerwehrbeamte seine Rechte richtig erfassen und prüfen konnte, da er nicht über die Information verfügte, dass der Bereich der Feuerwehr der Arbeitszeitrichtlinie unterliegt, und
- selbst höchste Rechts- und Verwaltungsorgane der Bundesrepublik diese Frage uneinheitlich beantworteten,

- das BAG diese Frage gar verneinte und
- das BVerwG diese Frage dem EuGH vorlegte, dessen Entscheidung erst im Juli 2005 erging und zudem
- der Bundesrat noch im November 2004 dem Rat der Europäischen Union, dem Europäischen Parlament sowie weiteren Institutionen übermittelte, dass es höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung ist, dass der Bereich der Feuerwehr nicht unter die Arbeitszeitrichtlinie fällt,
- entsprechende Verfassungsbeschwerden gegen Urteile des BAG, die diese höchstrichterliche Rechtsprechung aufgestellt hatte, vom Bundesverfassungsgericht im Jahr 2003 nicht angenommen wurden,
- sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit mehrheitlich auf die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung bezog und Ansprüche ablehnte,
- der Berliner Dienstherr als Behörde bis 2005 die Übertragbarkeit des Urteils vom 03. Oktober 2000 (SIMAP) auf den Bereich der Feuerwehr ablehnte,
- den Berliner Feuerwehrbeamten bei der Antragstellung signalisiert wurde, dass die Ansprüche noch gerichtlich geprüft werden und dann entschieden wird,
- erst im Jahr 2006 höchstrichterlich geklärt wurde, dass der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch der dreijährigen Verjährung unterliegt und
- bisher kein Berliner Feuerwehrbeamter Ansprüche für die Jahre 2001 bis 2003 durchsetzen konnte.

Für den Kläger stellt sich nach dem bisherigen Verfahrenslauf die grundlegende Frage, wie das OVG Berlin-Brandenburg und auch das Bundesverwaltungsgericht (u.a. im Juni 2020) so irritierende „Ungenauigkeiten“ bei der Rechtsfindung zum Komplex der Ansprüche aus rechtswidriger Zuvielarbeit in den Jahren 2001 bis 2004 zulassen konnten.

Klärungsfähigkeit und Klärungsbedürftigkeit, Entscheidungserheblichkeit

Die grundsätzliche Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfrage ergibt sich aus ihrer allgemeinen Klärungsfähigkeit und -bedürftigkeit.

Die Rechtsfrage stellt sich in einer unbestimmten Anzahl von Verfahren, in denen durch Beamte rechtswidrige Zuvielarbeit geleistet wurde, und betrifft nicht nur den Kläger.

Die Klärungsfähigkeit und Klärungsbedürftigkeit ergibt sich darüber hinaus aus der Auslegung von Europarecht und dessen Umsetzung im nationalen Recht. Im Zusammenhang mit der unionsrechtswidrigen Zuvielarbeit und dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch stellen sich grundlegende Fragen über die Ausgestaltung nationaler Vorschriften und die richtlinienkonforme Umsetzung. Gerade bei der Verjährung von Ansprüchen bei Verletzung von Art. 6 Buchst. b der Arbeitszeitrichtlinie muss der Verjährungsbeginn klar definiert werden und im Einklang mit dem Effektivitätsgrundsatz stehen. Eine unklare Rechtslage gab es nicht nur hinsichtlich der Ausnahmeregelung für den Bereich der Feuerwehr. Es ist somit naheliegend, dass eine solche auch wieder in anderem Zusammenhang auftritt. Zudem ist zu fragen, ob die Figur des hypothetischen rechtskundigen Dritten bei unsicherer Rechtslage mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit für Gläubiger im Einklang steht, wenn ein OVG ernsthaft die These aufstellt, dass trotz der oben beschriebenen Tatsachen, wonach die Rechtslage für rechtskundige Dritte (Bsp. BVerwG) nicht hinreichend zuverlässig einzuschätzen war, die Verjährung bereits lief und zum Teil ablief.

Im künftigen Revisionsverfahren wird sich daher die Notwendigkeit ergeben, eine Vorabentscheidung durch den EuGH einzuholen, weil keine hinreichenden Gründe vorliegen, die die Vorabentscheidung entbehrlich erscheinen lassen.

Hieraus folgt gleichzeitig die Klärungsbedürftigkeit, weil das BVerwG die Rechtsfrage nicht selbst klären kann, sondern nach Überzeugung des Klägers eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen ist.

Die Klärung der aufgeworfenen Rechtsfrage ist auch entscheidungserheblich. Kommt das Revisionsgericht (ggf. nach einer Vorlage beim EuGH) zu dem Ergebnis, dass die Festlegung des jetzigen Verjährungsbeginns nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar ist, sondern die Verjährung erst nach der Klärung der Rechtsfrage zur Einbeziehung der Feuerwehrbeamten in die Arbeitszeitrichtlinie durch den EuGH beginnt, wären die Ansprüche des Klägers durchsetzbar.

Stellt sich eine entscheidungserhebliche und der einheitlichen Auslegung bedürftige Frage des Unionsrechts, ist die Revision bereits dann zuzulassen, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine Vorlage an den EuGH spricht. Der Zugang zum gesetzlichen Richter darf gerade nicht übermäßig erschwert werden.

3. Grundsätzliche Bedeutung der Frage der vorherigen Geltendmachung

Auch, wenn zu dem nachfolgenden Thema keine Ausführungen im Urteil des OVG enthalten sind, ist im vorliegenden Verfahren eine weitere Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu klären, da ein Teil der Ansprüche des Klägers nur dann besteht, wenn keine vorherige Geltendmachung der Ansprüche gefordert werden kann. Es ist nicht nachvollziehbar, dass das OVG die von Amts wegen zu prüfende Geltendmachung übergeht.

Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, da sie eine abstrakte, in dem zu entscheidenden Fall erhebliche Frage des revisiblen Rechts aufwirft, die im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder im Interesse der Rechtsfortbildung in einem Revisionsverfahren geklärt werden muss.

Dem **EuGH** ist die Frage **vorzulegen**,

ob es mit Unionsrecht vereinbar ist, insbesondere dem Effektivitätsgrundsatz, dass ein Anspruch auf Entschädigung wegen Verletzung der in der Arbeitszeitrichtlinie vorgeschriebenen

Höchststarbeitszeit erst entsteht, nachdem der Arbeitnehmer diesen geltend gemacht hat (vorherige Geltendmachung).

Die Rechtsfrage kann verkürzt auch lauten: Gilt Fuß II noch oder gilt es nicht mehr?

Die Urteile des BVerwG und des OVG zur Verletzung von Art. 6 Buchst. b der Arbeitszeitrichtlinie erwecken seit September 2015 den Eindruck, als ginge es unter Dehnung des Rechts nur noch um das unbedingte Festhalten am Grundsatz der vorherigen Geltendmachung.

Beispielhaft wird hier das Urteil des BVerwG im Verfahren **2 C 8/19** genannt, in dem das BVerwG gleich mehrfach gefestigte Rechtsprechung änderte und so sicherstellte, dass die Problematik der vorherigen Geltendmachung keine Entscheidungserheblichkeit erlangte.

Die wenig beachteten Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in seiner Entscheidung vom 16. Juni 2020, **2 C 8/19**, verdeutlichen, dass nicht die *mögliche Fehinterpretation* des Urteils Fuß./Stadt Halle zur Änderung der Rechtsprechung am *17. September 2015* führte, sondern das bewusste Hinwegsetzen des BVerwG über die Vorgaben des EuGH.

Die Änderung der Rechtsprechung ist im Zusammenhang mit dem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen Falschumsetzung der Arbeitszeitrichtlinie (Bezugszeiträume / INFR(2013)4324) und nicht im Zusammenhang mit dem Urteil „Specht“ zu sehen.

Das Urteil „Specht“, auf das sich das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung zur vorherigen Geltendmachung gerne bezieht, stammt vom **19. Juni 2014**. In voller Kenntnis des Urteils, bestätigte das Bundesverwaltungsgericht am **1. Juli 2014** seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2012 wie folgt:

Die erste als grundsätzlich bedeutsam aufgeworfene Frage, „Setzt der Anspruch auf zeitlichen oder finanziellen Ausgleich für geleistete Mehrarbeit unter Berücksichtigung von Art. 6 der Richtlinie 2003/88EG i.V.m. der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 25. November 2010, Rs. C-429/09) unter richtlinienkonformer Auslegung abweichend von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 29. September 2012 - BVerwG 2 C 32.10) einen Antrag bzw. eine Geltendmachung voraus?“

rechtfertigt die Zulassung der Revision nicht, weil sie in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts **geklärt ist**.

In mehreren Urteilen vom 26. Juli 2012 u.a. im Verfahren BVerwG 2 C 29.11 (BVerwGE 143, 381) hat der Senat ausgeführt, dass der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch **keinen vorherigen Antrag** beim Dienstherrn **voraussetzt** (a.a.O. Rn. 25), während bei nicht gesetzlich geregelten nationalrechtlichen Ausgleichsansprüchen es einer Geltendmachung im Sinne einer Rügeobliegenheit oder Hinweispflicht des Beamten bedarf, wobei an eine solche Rüge keine hohen Anforderungen zu stellen sind (a.a.O. Rn. 27). Das Oberverwaltungsgericht hat im Berufungsurteil diese Rechtsprechung ausdrücklich zugrunde gelegt.

Zwar kann eine bereits revisionsgerichtlich geklärte Rechtsfrage wieder im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO klärungsbedürftig werden. Das setzt aber voraus, dass neue Gesichtspunkte von Gewicht vorgebracht werden, die die bisherige Rechtsprechung in Frage stellen und eine erneute revisionsgerichtliche Entscheidung geboten erscheinen lassen (Beschlüsse vom 25. November 1992 - BVerwG 6 B 27.92 - Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 306 S. 224 m.w.N. und zuletzt vom 14. Mai 2014 - BVerwG 2 B 96.13 - juris Rn. 9). Dies ist der Beschwerdebegründung des Klägers nicht zu entnehmen.

Soweit die Beschwerde auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 25. November 2010 (Rs. C-429/09, **Fuß** - NZA 2011, 53 Rn. 80 f.) verweist, stellt dies keinen neuen Gesichtspunkt dar; dieses Urteil ist in den oben genannten Urteilen des Senats vom 26. Juli 2012 umfassend berücksichtigt worden und war **maßgeblich** dafür, dass der Senat für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch ein **Antragserfordernis verneint** hat (z.B. BVerwG 2 C 29.11, a.a.O. Rn. 25). Soweit die Beschwerde meint, beim Anspruch aus Treu und Glauben handele es sich um Unionsrecht, so dass deshalb auch für diesen Anspruch ein Antragserfordernis zu verneinen sei, geht dies fehl: In den Fällen von über das unionsrechtlich zulässige Maß hinausgehender Wochenarbeitszeit kann neben einem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch auch ein beamtenrechtlicher - und damit nationalstaatlicher - Ausgleichsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in Verbindung mit den Regeln über einen Ausgleich von Mehrarbeit gegeben sein, der - wie bereits dargelegt - der Geltendmachung im Sinne einer Rügeobliegenheit oder Hinweispflicht des Beamten bedarf. Auch dies hat der Senat in den Urteilen vom 26. Juli 2012 ausgeführt (z.B. BVerwG 2 C 29.11, a.a.O. Rn. 26). Weiterer Klärungsbedarf hierzu besteht nicht. (BVerwG, Beschluss vom 01. Juli 2014 – 2 B 39/13 –, Rn. 5 - 8, juris) (Hervorhebung durch Unterzeichnerin)

Am **26. Februar 2015** übermittelte die Europäische Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme wegen Falschumsetzung der Arbeitszeitrichtlinie aufgrund Nichtbeachtung der Bezugszeiträume bei Berechnung der Höchstarbeitszeit an Deutschland.

Wenige Monate später, am **17. September 2015**, **änderte** das **Bundesverwaltungsgericht** seine Rechtsprechung zur vorherigen Geltendmachung mit einer nicht nachvollziehbaren Begründung („Fehlinterpretation“ ?). Es stellt sich die Frage, welche der folgenden Aussagen überhaupt „interpretiert“ werden muss:

„In einem Verfahren wie dem Ausgangsverfahren, das den Verstoß eines Arbeitgebers des öffentlichen Sektors gegen eine unionsrechtliche

Bestimmung mit unmittelbarer Wirkung betrifft, wird den Behörden des betreffenden Mitgliedstaats durch die Verpflichtung für die betroffenen Arbeitnehmer, einen Antrag auf Beendigung des Verstoßes gegen diese Bestimmung zu stellen, um Ersatz des ihnen aufgrund dieses Verstoßes entstandenen Schadens erhalten zu können, ermöglicht, die Aufgabe, auf die Einhaltung dieser Bestimmungen zu achten, systematisch auf den Einzelnen zu verlagern, indem diesen Behörden die Möglichkeit eröffnet wird, sich gegebenenfalls von der Einhaltung dieser Bestimmungen zu befreien, wenn ein solcher Antrag nicht gestellt worden ist.
(EuGH, Urteil vom 25. November 2010 – C-429/09 –, juris)
Daher kann einem Arbeitnehmer, dem wie Herrn Fuß durch den Verstoß seines Arbeitgebers gegen die Rechte aus Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88 ein Schaden entstanden ist, nicht zugemutet werden, zuvor einen Antrag bei diesem Arbeitgeber zu stellen, um einen Anspruch auf Ersatz dieses Schadens geltend machen zu können.
(EuGH, Urteil vom 25. November 2010 – C-429/09 –, juris)

Dieses Urteil vom 17. September 2015 betraf einen Einzelfall, fand somit kaum Beachtung. Dann folgten im Jahr 2017 ff. Urteile zur gleichen Problematik. Seitdem hält das Bundesverwaltungsgericht unionsrechtswidrig an seiner Rechtsprechung fest, zuletzt mit seinem Urteil vom 16. Juni 2020, **2 C 8/19**.

Dazu wird als

Anlage ZR 4

der Artikel „Staatshaftungsanspruch wegen unionsrechtswidriger Zuvielarbeit“ NVwZ 2021, S. 71 ff. übersandt, dessen Inhalt sich der Kläger vollumfänglich als Parteivortrag zu eigen macht.

Das OVG NRW hat in einem Beschluss vom 08. Mai 2019 (nicht veröffentlicht, abrufbar unter <https://www.hotstegs-recht.de/?p=7169>, 1 A 713/16) die offensichtliche Europarechtswidrigkeit der Arbeitszeitverordnung des Bundes festgestellt.

Der Grundsatz der Effektivität ist zwar ein allgemeiner Grundsatz, dieser ist jedoch immer am jeweiligen Schutzzweck der Richtlinie zu messen. Das hat der EuGH bereits mehrfach deutlich herausgestellt.

Es handelt sich wegen der unterschiedlichen Auslegung durch das BVerwG einerseits und den EuGH andererseits um eine Sache von grundsätzlicher Bedeutung. Die Frage, ob eine vorherige Geltendmachung gegen Unionsrecht und den Effektivitätsgrundsatz verstößt, muss dem EuGH zur Klärung vorgelegt werden.