

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Besoldungsrecht

Rechtsquelle/n:

RL 2003/88/EG Art. 2, 6, 16, 17, 18, 19, 22

EUV Art. 6

GrCh Art. 31 Abs. 2

ArbZG § 7 Abs. 7 Satz 2

AZV Bund § 13

LBG Bbg 2009 § 76

BbgAZVPFJ 2014 § 21 Abs. 4

BbgAZVPFJ 2009 § 21 Abs. 4

AZV Feu Bbg 2007 § 4 Abs. 3

Titelzeile:

Finanzielle Abgeltung unionsrechtswidriger Zuvielarbeit von Feuerwehrbeamten

Stichworte:

EU-Arbeitszeitrichtlinie; Arbeitszeitgestaltung; Feuerwehrbeamte; Höchstarbeitszeit; "Opt-out"-Möglichkeit; Mehrarbeit; Zuvielarbeit; Geltendmachung; unionsrechtlicher Haftungsanspruch; Nachteilsverbot; Bezugszeiträume; Bereitschaftserklärung; Freizeitausgleich; Geldausgleich.

Leitsätze:

1. Die brandenburgischen Arbeitszeitverordnungen der Jahre 2007 (AZV Feu) und 2009 (BbgAZVPFJ) verletzen offenkundig das in der EU-Arbeitszeitrichtlinie (Art. 22 Abs. 1 Buchst. b RL 2003/88/EG) geregelte Nachteilsverbot, wonach keinem Arbeitnehmer Nachteile daraus entstehen dürfen, dass er nicht bereit ist, mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentageszeitraums zu arbeiten.
2. Zuvielarbeit liegt vor, wenn der Beamte freiwillig Dienst über die nach Maßgabe der RL 2003/88/EG und ihrer Ausnahmestimmungen höchstens zulässige wöchentliche Arbeitszeit hinaus leistet. Mehrarbeit i.S.d. öffentlichen Dienstrechts dagegen darf die unionsrechtliche Höchstarbeitszeit von 48 Wochenstunden innerhalb eines Siebentageszeitraums außerhalb der im Unionsrecht vorgesehenen Verfahren nicht überschreiten.
3. Der unionsrechtliche Haftungsanspruch ist gegen eine beklagte Kommune dem Grunde nach gegeben, wenn diese die zur Umsetzung von Art. 22 RL 2003/88/EG erlassenen Arbeitszeitvorschriften anwendet, obwohl für sie klar erkennbar war, das



diese Umsetzung im Hinblick auf das unionsrechtliche Nachteilsverbot unzureichend gewesen ist.

4. Auf der Grundlage des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs hat der Dienstherr nur die rechtswidrige Zuvielarbeit auszugleichen, die ab dem auf die erstmalige Geltendmachung folgenden Monat geleistet wurde (im Anschluss an BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1). Primär erfolgt der Ausgleich durch Freizeit, sekundär durch Geld. Der Geldausgleich ist nicht pauschal nach der Differenz zwischen der Höchstarbeitszeit und der genehmigten, aber rechtswidrigen Zuvielarbeit, sondern nach den vom Beamten konkret geleisteten Dienststunden gemäß den Grundsätzen der Mehrarbeitsvergütung zu berechnen.

Urteil des 2. Senats vom 20. Juli 2017 - BVerwG 2 C 31.16

- I. VG Potsdam vom 16. Oktober 2013
Az: VG 2 K 1376/12
- II. OVG Berlin-Brandenburg vom 18. Juni 2015
Az: OVG 6 B 31.15



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 31.16
OVG 6 B 31.15

Verkündet
am 20. Juli 2017

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juli 2017
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung, Dr. Kenntner,
Dollinger und Dr. Günther

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen, soweit mit ihr ein Geldausgleich für nicht anderweitig abgegoltene Zuvielarbeit im Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. Januar 2012 geltend gemacht wird. Die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 18. Juni 2015 und des Verwaltungsgerichts Potsdam vom 16. Oktober 2013 werden aufgehoben, soweit sie dem entgegenstehen.

Im Übrigen (hinsichtlich des Zeitraums vom 1. Februar 2012 bis 31. Dezember 2012) wird das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg aufgehoben. In-soweit wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger, der im streitgegenständlichen Zeitraum bei der beklagten Stadt als Feuerwehrbeamter im 24-Stunden-Schichtdienst tätig war, begehrt finanziellen Ausgleich für unionsrechtswidrige Zuvielarbeit.
- 2 Der von dem Kläger im Oktober 2007 beantragten Erhöhung seiner durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit auf bis zu 56 Stunden entsprach die Beklagte durch Bescheid vom 26. Oktober 2007. Den an sie im Januar 2012 gerichteten Antrag des Klägers auf Freizeitausgleich, hilfsweise auf Geldausgleich für die von ihm seit dem Jahr 2003 über 48 Stunden pro Woche hinaus verrichteten Dienstzeiten, lehnte die Beklagte ab. Das Vorverfahren blieb erfolglos.
- 3 Das Verwaltungsgericht hat die Beklagte unter Ablehnung des Antrags im Übrigen und teilweiser Aufhebung der angefochtenen Bescheide verpflichtet, dem Kläger für die im Zeitraum ab Januar 2009 über 48 Stunden pro Woche hinausgehend geleistete Arbeit Geldausgleich nach dem jeweils geltenden Stundensatz für die Mehrarbeitsvergütung zu gewähren. Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es die Beklagte verurteilt hat, an den Kläger für den genannten Zeitraum 16 830,81 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins ab Rechtshängigkeit zu zahlen. Zur Begründung hat das Oberverwaltungsgericht im Wesentlichen ausgeführt, dem Kläger stehe der zugesprochene Geldausgleich infolge des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs wegen Verletzung der Arbeitszeitrichtlinie zu. Eine freiwillige Zuvielarbeit bei Überschreitung der unionsrechtlich höchstzulässigen Bezugszeiträume sei auch aufgrund von Ausnahmenvorschriften nicht vorgesehen.
- 4 Hiergegen wendet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie beantragt,

die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 18. Juni 2015 und des Verwaltungsgerichts Potsdam vom 16. Oktober 2013 aufzuheben und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

5 Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

6 Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht unterstützt die Revision der Beklagten.

II

7 Die Revision ist teilweise begründet. Das Berufungsurteil ist aufzuheben. Soweit die Sache nicht vom Senat selbst entschieden werden kann (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO), ist sie an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO). Die Annahmen des Oberverwaltungsgerichts, der unionsrechtliche Haftungsanspruch wegen Zuvielarbeit setze keine erstmalige Geltendmachung durch den Betroffenen voraus und verlange nicht den Nachweis der über die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden hinaus konkret geleisteten Dienststunden, verletzen revisibles Recht. Deshalb ist die Klage abzuweisen, soweit mit ihr finanzieller Ausgleich für nicht anderweitig abgegoltene unionsrechtswidrige Zuvielarbeit im Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. Januar 2012 geltend gemacht wird. Ob sich das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für den verbleibenden streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. Februar 2012 bis zum 31. Dezember 2012 aus anderen Gründen im Ergebnis ganz oder teilweise als richtig darstellt (§ 144 Abs. 4 VwGO), kann der Senat mangels hierfür ausreichender tatsächlicher Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts nicht entscheiden.

8 In dem Zeitraum ab 2009, in dem die Ansprüche nicht verjährt sind, liegen die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs gegen die Beklagte, die das vom Land Brandenburg erlassene Recht lediglich anwendet, dem Grunde nach vor (1.). Unionsrecht kann in der Bundesrepublik Deutschland

durch Rechtsverordnungen umgesetzt werden (2.). § 4 Abs. 3 der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes in den Feuerwehren und den Leitstellen der Landkreise im Land Brandenburg vom 3. August 2007 (AZV Feu, GVBl. II S. 274) und § 21 Abs. 4 der Verordnung über die Arbeitszeit für die Beamten des Polizeivollzugsdienstes, des feuerwehrtechnischen Dienstes und des Justizvollzugsdienstes des Landes Brandenburg vom 16. September 2009 (BbgAZVPFJ, GVBl. II S. 686) setzen Art. 22 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (RL 2003/88/EG) nur unvollständig und damit fehlerhaft um. Sie verletzen offenkundig das in Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG geregelte Verbot, wonach keinem Arbeitnehmer Nachteile daraus entstehen dürfen, dass er nicht bereit ist, mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentageszeitraums zu arbeiten (3.). Die Anwendung dieses mit Unionsrecht unvereinbaren Landesrechts ist der beklagten Stadt als Dienstherrin der Feuerwehrbeamten anzulasten. Durch die Anwendung des den Vorgaben des Unionsrechts nicht genügenden innerstaatlichen Rechts ist der unionsrechtliche Haftungsanspruch auch gegenüber der Kommune als Dienstherrin begründet (4.). Der Dienstherr muss aber lediglich die rechtswidrige Zuvielarbeit ausgleichen, die der Berechtigte ab dem auf die erstmalige Geltendmachung folgenden Monat geleistet hat. Dies ist im Fall des Klägers erst für die Zeit ab Februar 2012 der Fall (5.). Der noch nicht verfallene Ausgleichsanspruch ist primär auf Ausgleich in Freizeit ausgerichtet. Da diese Form des Ausgleichs aus vom Kläger nicht zu vertretenden Gründen ausscheidet, wandelt sich der Ausgleichsanspruch in einen solchen auf finanziellen Ausgleich (6.). Ob und ggf. inwieweit der Kläger Zuvielarbeit geleistet hat, bestimmt sich mangels einer anderweitigen Regelung durch den nationalen Normgeber nach dem jeweiligen Siebentageszeitraum (7.). Für den Geldausgleich sind die Sätze der Mehrarbeitsvergütung für Beamte maßgeblich. Der finanzielle Ausgleich erfolgt danach nicht pauschal nach der Differenz zwischen der Höchstarbeitszeit und der genehmigten Zuvielarbeit. Er richtet sich vielmehr nach den vom Beamten konkret geleisteten Dienststunden (8.). Die Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Verfahren nach Art. 267 AEUV ist nicht veranlasst (9.).

- 9 1. Die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs gegen die beklagte Stadt, die nicht für die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie durch den Erlass von Rechtsnormen zuständig ist, sind im Zeitraum ab dem Jahr 2009 dem Grunde nach gegeben. Denn die Beklagte hat die zur Umsetzung von Art. 22 RL 2003/88/EG erlassenen Rechtsverordnungen des Landes Brandenburg angewendet, obwohl für sie erkennbar war, dass diese Umsetzung im Hinblick auf das Nachteilsverbot unzureichend gewesen ist.
- 10 Der unionsrechtliche Haftungsanspruch setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - C-429/09, Fuß - Slg. 2010, I-12167 Rn. 47 f. m.w.N.) voraus, dass die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, die Verleihung von Rechten an die Geschädigten bezweckt (a), zwischen diesem Verstoß und dem den Geschädigten entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht (b) und der Verstoß gegen diese Norm hinreichend qualifiziert ist (c).
- 11 a) Nach Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet. Diese Vorschrift verleiht dem Einzelnen Rechte, die dieser nach Ablauf der Frist zur Umsetzung der wortgleichen Vorgängerbestimmung des Art. 6 Nr. 2 der RL 1993/104/EG in das Arbeitszeitrecht der Beklagten unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend machen kann (EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2010 - C-243/09, Fuß - Slg. 2010, I-9849 Rn. 56 ff.). Auch aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, der gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche Rang wie den Verträgen zuerkannt ist (stRspr, zuletzt EuGH, Urteile vom 30. Juni 2016 - C-178/15, Sobczyszyn - NZA 2016, 877 Rn. 20 und vom 11. November 2015 - C-219/14, Greenfield - NZA 2015, 1501 Rn. 27), kann ein Arbeitnehmer keine weitergehenden Schutzrechte herleiten (zum einheitlichen Arbeitnehmerbegriff von Richtlinie und Art. 31 Abs. 2 GrCh: EuGH, Urteil vom 26. März 2015 - C-316/13, Fenoll - NZA 2015, 1444 Rn. 23 ff.). Denn Art. 31 Abs. 2 GrCh, wonach jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer u.a. das

Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit hat, gewährleistet aufgrund der Unbestimmtheit seines Wortlauts keine weitergehenden Individualrechte.

- 12 Gemäß der Ausnahmevorschrift des Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG steht es den Mitgliedstaaten frei, Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG, in dem die zulässige Höchstarbeitszeit von 48 Wochenstunden pro Siebentageszeitraum normiert wird, unter bestimmten Voraussetzungen nicht anzuwenden. Ein solches "Opt-out" ist nach Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG nur möglich, wenn die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer eingehalten werden und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür gesorgt wird, dass kein Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer verlangt, im Durchschnitt des in Art. 16 Buchst. b) RL 2003/88/EG genannten Bezugszeitraums mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentageszeitraums zu arbeiten, es sei denn, der Arbeitnehmer ist freiwillig dazu bereit, und dass ihm im Weigerungsfall keine Nachteile entstehen.
- 13 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur derzeitigen Arbeitsschutzrichtlinie RL 2003/88/EG, ebenso wie zu der Vorgängerrichtlinie RL 1993/104/EG, sind abweichende Bestimmungen als Ausnahmen von der Gemeinschaftsregelung über die Arbeitszeitgestaltung - wie hier Art. 22 der Richtlinie - so auszulegen, dass ihr Anwendungsbereich auf das zur Wahrung der Interessen, deren Schutz sie ermöglichen, unbedingt Erforderliche begrenzt wird (EuGH, Urteile vom 9. September 2003 - C-151/02, Jaeger - Slg. 2003, I-8389 Rn. 89, vom 21. Oktober 2010 - C-227/09, Accardo - Slg. 2010, I-10273 Rn. 58 und vom 26. Juli 2017 - C-175/16, Hälvä - juris Rn. 31; ebenso Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2016, Art. 22 RL 2003/88/EG Rn. 14).
- 14 Durch die Vorgaben in den Rechtsverordnungen des Landes Brandenburg - hier: § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009 - wird Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG zwar formell wirksam (siehe unten 2.), aber inhaltlich infolge Nichtbeachtung des Nachteilsverbots (Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG) nur unvollständig und damit fehlerhaft umgesetzt (siehe unten 3.). Dies verletzt den Kläger in den ihm aus Art. 6 und Art. 22 RL 2003/88/EG

gewährten Rechten. Die beklagte Stadt hat diese im Hinblick auf das Nachteilsverbot unionsrechtswidrigen Vorschriften angewandt und damit ihrerseits den unionsrechtlichen Haftungsanspruch des Klägers ausgelöst (siehe unten 4.).

- 15 b) Zwischen dem Verstoß gegen Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG und dem Schaden, der dem Kläger durch die unionsrechtswidrig erbrachte Zuvielarbeit entstanden ist, besteht auch ein unmittelbarer Kausalzusammenhang. Un-erheblich ist, dass diese Zuvielarbeit des Klägers und der damit verbundene Verlust an Freizeit und Erholungszeit nach nationalem Recht keinen Schaden im Sinne des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts darstellen. Maßgeblich ist insoweit allein auf das Unionsrecht abzustellen, das hierin einen Schaden sieht (EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - C-429/09, Fuß - Slg. 2010, I-12167 Rn. 59, 61 und 63 sowie Tenor 1 und 4; BVerwG, Urteile vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 24 und vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 20).
- 16 c) Darüber hinaus ist der Verstoß gegen das Unionsrecht auch hinreichend qualifiziert, um den unionsrechtlichen Haftungsanspruch zu begründen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist das der Fall, wenn der Mitgliedstaat die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat, wobei zu den insoweit zu berücksichtigenden Gesichtspunkten insbesondere das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift sowie der Umfang des Ermessensspielraums gehören, den die verletzte Vorschrift den nationalen Behörden belässt (EuGH, Urteile vom 5. März 1996 - C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur und Factortame - Slg. 1996, I-1029 Rn. 55 f., vom 25. Januar 2007 - C-278/05, Robins u. a. - Slg. 2007, I-1053 Rn. 70 sowie Urteil vom 25. November 2010 - C-429/09, Fuß - Slg. 2010, I-12167 Rn. 51; BVerwG, Urteil vom 30. Oktober 2014 - 2 C 3.13 - Buchholz 245 LandesBesR Nr. 8 Rn. 29). Ein qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht zulasten des Klägers liegt im Hinblick auf das von der Beklagten zu beachtende Nachteilsverbot aus Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG vor (siehe 3.a).

- 17 Für den Zeitraum ab dem Jahr 2009 sind zugleich grundsätzlich die Voraussetzungen des dienstrechtlichen Ausgleichsanspruchs aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gegeben (BVerwG, Urteile vom 28. Mai 2003 - 2 C 28.02 - Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 38 S. 6 f., vom 29. September 2011 - 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 Rn. 8 f. und vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 26). Die beiden Ansprüche sind hinsichtlich der Verjährung sowie der Rechtsfolgen gleichgerichtet (BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 14, 26 und 30).
- 18 2. Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die - wie hier § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BbgAZV PFJ 2009 - eine Richtlinie der Europäischen Union in deutsches Recht umsetzen, sind am Maßstab des Unionsrechts zu messen, soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern zwingende Vorgaben macht (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - BVerfGE 73, 339 <387>, vom 7. Juni 2000 - 2 BvL 1/97 - BVerfGE 102, 147 <162 ff.>, vom 13. März 2007 - 1 BvF 1/05 - BVerfGE 118, 79 <95>, vom 11. März 2008 - 1 BvR 256/08 - BVerfGE 121, 1 <15>, vom 14. Oktober 2008 - 1 BvF 4/05 - BVerfGE 122, 1 <20> und vom 21. September 2016 - 2 BvL 1/15 - juris Rn. 32). Den Mitgliedstaaten steht es unter den in Art. 22 RL 2003/88/EG genannten Voraussetzungen frei, von der nach Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG zulässigen Höchstarbeitszeit für Arbeitnehmer abzuweichen. Dafür müssen sie Rechtsnormen erlassen (EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2010 - C-243/09, Fuß - Slg. 2010, I-9849 Rn. 35 f.; BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 23 m.w.N.), die die durch die Richtlinie garantierten allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer gewährleisten und die darüber hinaus den in Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG genannten Kriterien genügen. Für die Transformation von Unionsrecht in innerstaatliches Recht kommen sowohl formelle Gesetze als auch Rechtsverordnungen in Betracht (vgl. nur Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 32 und Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 94 jeweils m.w.N.). Damit richtet sich die Unionsrechtskonformität der fraglichen Rechtsverordnungen insoweit allein danach, ob diese nach innerstaatlichem Recht eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage haben.

§ 76 Abs. 1 Satz 2 Landesbeamtengesetz Brandenburg vom 3. April 2009 (GVBl. I S. 26) - ebenso wie seine inhaltsgleiche Vorgängernorm in § 143 und § 134 Landesbeamtengesetz Brandenburg vom 8. Oktober 1999 (GVBl. I S. 446) - ermächtigt die zuständigen Mitglieder der Landesregierung ausdrücklich, die Arbeitszeit der Polizei- und Justizvollzugsbeamten sowie die des feuerwehrtechnischen Dienstes in einer Rechtsverordnung zu regeln. Damit ist sowohl dem unionsrechtlichen Rechtsnormvorbehalt als auch dem innerstaatlichen Gesetzesvorbehalt Genüge getan.

- 19 3. § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und seine Nachfolgervorschrift, der wortlautidentisch bis zum 31. Juli 2014 geltende § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009, bestimmen, dass auf Antrag des Beamten über den Rahmen von 48 Wochenstunden hinaus Schichtdienst bis zu 56 Stunden unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes als durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit bewilligt werden kann. Die Bewilligung kann aus dienstlichen Gründen zum Ablauf eines Kalenderjahrs mit einer Frist von drei Monaten widerrufen werden. Der Beamte ist auf die Widerrufsmöglichkeit schriftlich hinzuweisen. Er kann seinen Antrag zum Ablauf eines Kalenderjahres mit einer Frist von drei Monaten widerrufen.
- 20 a) Sowohl § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 als auch § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009 setzen Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG nicht hinreichend um. Danach hat ein Mitgliedstaat, der von dieser Ausnahmegvorschrift Gebrauch machen möchte, mit den erforderlichen Maßnahmen dafür zu sorgen, dass keinem Arbeitnehmer Nachteile daraus entstehen, dass er nicht bereit ist, einer über die wöchentliche Höchstarbeitszeit von durchschnittlich 48 Wochenstunden (Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG) hinausgehenden Arbeit nachzugehen. Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG stellt ein mitgliedstaatliches "Opt-out" damit unter den Vorbehalt, dass keinem Arbeitnehmer Nachteile daraus entstehen dürfen, dass er nicht bereit ist, aus den in der Arbeitszeitrichtlinie festgelegten Arbeitszeithöchstgrenzen "auszutreten" oder "hinauszuoptieren" (Stärker, Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie, 2006, Art. 22 Rn. 9).

- 21 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union erfordert die Umsetzung einer Richtlinie nicht eine förmliche und wörtliche Übernahme ihrer Bestimmungen in eine ausdrückliche, besondere Rechtsvorschrift. Ihr kann vielmehr durch einen allgemeinen rechtlichen Kontext Genüge getan werden, wenn dieser tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie hinreichend klar und bestimmt gewährleistet (EuGH, Urteile vom 9. September 1999 - C-217/97 - Slg. 1999, I-05087 Rn. 31 und vom 20. Mai 1992 - C-190/90 - Slg. 1992, I-3265 Rn. 17). Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist jedoch erforderlich, dass die Rechtslage hinreichend bestimmt, klar und transparent ist und die Begünstigten in die Lage versetzt, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese ggf. vor den nationalen Gerichten geltend zu machen (EuGH, Urteile vom 9. September 1999 - C-217/97 - Slg. 1999, I-05087 Rn. 32 und vom 23. Mai 1985 - C-29/84 - Slg. 1985, 1661 Rn. 23).
- 22 Der Vorgabe, das in Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG normierte Nachteilsverbot in innerstaatliches Recht umzusetzen, werden weder § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 noch § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009 gerecht. In beiden Vorschriften fehlt ein Hinweis auf das in Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG geregelte Nachteilsverbot. Dadurch wird dessen praktische Wirksamkeit geschwächt, weil der Arbeitnehmer nicht hinreichend klar erkennen kann, dass er sich, nach der Erklärung seinerseits an der Höchstarbeitszeit gemäß Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG festhalten zu wollen, etwa gegen nachteilige Dienstplangestaltungen mit Erfolg zur Wehr setzen kann (Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2016, Art. 22 RL 2003/88/EG Rn. 11).
- 23 Das Nachteilsverbot, das mit Blick auf den Schutzcharakter der Arbeitszeitrichtlinie wesentliche Bedeutung hat, kommt auch nicht in sonstigen im Bereich des Landes Brandenburg geltenden veröffentlichten Rechtsvorschriften, wie insbesondere den Beamten-gesetzen, in die der insoweit begünstigte Arbeitnehmer etwa Einsicht nehmen könnte, mit hinreichender Bestimmtheit, Klarheit und Transparenz zum Ausdruck. Das gilt insbesondere für die - lediglich als Gene-

ralklausel formulierte - beamtenrechtliche Fürsorgepflicht gemäß § 45 BeamStG bzw. § 45 LBG Bbg 1999.

- 24 Zudem wäre, selbst wenn man unterstellt, dass solche Rechtsvorschriften vorhanden sind, auf die den Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG umsetzenden brandenburgischen Arbeitszeitverordnungen hinzuweisen. Daran fehlt es ebenfalls. Anderenfalls wäre der durch Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG begünstigte Arbeitnehmer, der typischerweise gerade über keine vertieften juristischen Kenntnisse verfügt, nicht mit der gebotenen Gewähr in der Lage, die erforderliche inhaltliche Verknüpfung zwischen den Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG umsetzenden nationalen Vorschriften der Arbeitszeitverordnung und dem an anderer Stelle normierten Nachteilsverbot herzustellen. So wäre etwa der begünstigte (beamtete) Arbeitnehmer nicht mit der gebotenen Gewähr in der Lage zu erkennen, dass seine - aus dienstlichen Gründen mögliche - Umsetzung oder auch nur eine ihm nachteilige Dienstplanänderung dem Nachteilsverbot des Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG unterfällt, wenn sie deshalb erfolgt, weil er nicht bereit ist, über die wöchentliche Höchstleistungszeitgrenze von 48 Stunden hinaus zu arbeiten (siehe so auch Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 24. Mai 2017, ABI. Nr. C 165/54).
- 25 Deshalb greifen die Arbeitszeitverordnungen sowohl des Bundes und mehrerer anderer Bundesländer, die von der Öffnungsklausel in Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG Gebrauch gemacht haben, das Nachteilsverbot gerade ausdrücklich auf (vgl. etwa § 13 Abs. 2 Satz 2 AZV Bund vom 29. März 2017, BGBl. I S. 626; § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AzVBY vom 5. Januar 2011, GVBl. S. 12; § 1 Abs. 4 Satz 4 HAZVO vom 30. Dezember 2009, GVBl. S. 758; § 9 Abs. 2 Satz 3 Nds. ArbZVO vom 6. April 2009, GVBl. S. 140; § 5 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b) AZVOFeu NW vom 1. September 2006, GV. NRW S. 442; § 11 Abs. 1 Nr. 2 SächsAZVO vom 28. Januar 2008, GVBl. S. 198). Hervorzuheben ist, dass auch das Recht des Landes Brandenburg nunmehr - mit Wirkung ab dem 1. August 2014 - das Nachteilsverbot in § 21 Abs. 4 Satz 2 BbgAZVPFJ vom 10. Juli 2014 (GVBl. II Nr. 45 S. 1) ausdrücklich nennt. Daran fehlt es - für

den hier streitgegenständlichen Zeitraum - aber noch in § 4 Abs. 3 AZU Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009.

- 26 b) Steht damit die unvollständige Umsetzung von Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG durch § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Nr. 4 BbgAZVPFJ 2009 eindeutig und klar fest, kommt es auf die weitere Frage, ob diese Bestimmungen der beiden genannten Rechtsverordnungen darüber hinaus auch den Anforderungen von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG offenkundig nicht gerecht werden, vorliegend nicht entscheidungserheblich an. Der Senat hält diese Frage für offen.
- 27 aa) Maßstabsbildende Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Frage der Notwendigkeit eines Bezugszeitraums und zur Auslegung des Begriffs "im Durchschnitt des in Artikel 16 Buchst. b) genannten Bezugszeitraums" i.S.v. von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG oder der Vorgängerrichtlinie gibt es für den Fall des "Opt-out" bislang nicht. Das gilt auch für das Urteil des Gerichtshofs vom 5. Oktober 2004 - C-397/01 - (Rn. 98) für die Frage der Festlegung eines Bezugszeitraums. Dieses Urteil bezieht sich auf Art. 18 Abs. 1 Buchst. b) der Vorgängerrichtlinie 1993/104/EG, der allerdings im Wesentlichen mit Art. 22 RL 2003/88/EG vergleichbar ist. In diesem Urteil führt der Gerichtshof aber nur aus, dass die Inanspruchnahme der Möglichkeit, die Grundsatznorm des Art. 6 der Richtlinie nicht anzuwenden, voraussetzt, dass die Mitgliedstaaten die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer einhalten und bestimmte - in der Richtlinie genannte - kumulative Voraussetzungen erfüllen. Für die Frage der Festlegung eines Bezugszeitraums folgt daraus nichts, weil in Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG nur von dem "in Artikel 16 Buchst. b) genannten Bezugszeitraum" die Rede ist.
- 28 Die innerstaatliche Rechtsprechung zu dieser Frage ist uneinheitlich (bejahend: OVG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 18. Juni 2015 - OVG 6 B 19.15 - juris Rn. 17 und - OVG 6 B 31.15 - juris Rn. 25; verneinend: VG München, Urteil vom 18. Oktober 2016 - M 5 K 14.5855 - juris Rn. 32; VG Aachen, Urteil vom 28. Januar 2016 - 1 K 2244/14 - juris Rn. 32).

- 29 Einerseits gibt es Argumente, die dafür sprechen, ein mitgliedstaatliches "Opt-out" nach Art. 22 RL 2003/88/EG nur unter Festlegung eines Bezugszeitraums zuzulassen. Der Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) und e) RL 2003/88/EG könnte in deutscher Sprachfassung darauf hindeuten, dass es den Mitgliedstaaten obliegt, einen (bis zu viermonatigen) Bezugszeitraum nach Art. 16 Buchst. b) RL 2003/88/EG zu regeln. Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG bestimmt, dass es einem Mitgliedstaat freigestellt ist, Art. 6 der Richtlinie nicht anzuwenden, wenn er die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer einhält und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür sorgt, dass kein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangt, im Durchschnitt des in Art. 16 Buchst. b) genannten Bezugszeitraums mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentageszeitraums zu arbeiten, es sei denn der Arbeitnehmer hat sich hierzu bereit erklärt. Art. 22 Abs. 1 Satz 1 Buchst. e) RL 2003/88/EG sieht des Weiteren vor, dass der Mitgliedstaat dafür sorgt, dass "der Arbeitgeber die zuständigen Behörden [...] darüber unterrichtet, welche Arbeitnehmer sich dazu bereit erklärt haben, im Durchschnitt des in Artikel 16 Buchstabe b) genannten Bezugszeitraums mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentageszeitraums zu arbeiten".
- 30 Auch aus der Normsystematik lassen sich Gründe für die Notwendigkeit, einen Bezugszeitraum nach Maßgabe von Art. 16 Buchst. b) RL 2003/88/EG im Falle des "Opt-out" zu regeln, herleiten. Systematisch spricht der Zusammenhang von Art. 6 und Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG für das Erfordernis eines Bezugszeitraums. Zu den unabhängig vom Einverständnis des Arbeitnehmers zu regelnden Vorgaben von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG gehört, dass der Mitgliedstaat dafür sorgt, dass ein Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, nur durchschnittlich 48 Wochenstunden zu arbeiten. Dafür wäre die Regelung jedenfalls eines Bezugszeitraums hilfreich.
- 31 Vom Zweck her soll Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten eine Grenze für die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit regeln, um so zum Arbeits- und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer beizutragen (EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 16. Dezember 2015

- E-5/15 - ABI. EU 2017, Nr. C 2, 3 Rn. 36). Ein solcher Schutz würde ohne die Festlegung eines Bezugszeitraums für den Durchschnitt der Wochenarbeitszeit erschwert. Der durch die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit bezweckte Schutz ist umso intensiver, je kürzer der für den Durchschnitt maßgebliche Bezugszeitraum ist. Besonders intensiv ist er, wenn der Bezugszeitraum nur eine Woche beträgt, weil es dann unmöglich ist, eine Überschreitung der Höchstarbeitszeit einer Woche durch geringere Arbeitszeiten anderer Wochen "wegzurechnen". Ein maximaler Schutz in diesem Sinne wäre mithin dadurch zu erreichen, dass bei Fehlen einer Regelung des Bezugszeitraums der konkrete Siebentageszeitraum maßgeblich ist. Diese Rechtsfolge tritt bei Fehlen einer Bezugszeitraumregelung ein, solange Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG Anwendung findet (BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 LS 2 und Rn. 57). Die Zulassung einer ohne Bezugszeitraum möglichen und damit unlimitierten Höchstarbeitszeit könnte zudem auch Art. 31 Abs. 2 GrCh widersprechen, der bestimmt, dass jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub hat (vgl. Stärker, Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie, 2006, Art. 22 Rn. 8).

- 32 Ferner ist zu berücksichtigen, dass auch ein rechtmäßiges "Opt-out" gemäß Art. 22 RL 2003/88/EG nur vom Erfordernis der wöchentlichen Höchstarbeitszeit nach Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG befreit, aber nicht von den täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten (Art. 3 und Art. 5 RL 2003/88/EG), Ruhepausen (Art. 4 RL 2003/88/EG) oder Beschränkungen der Nachtarbeit (Art. 8 RL 2003/88/EG) dispensiert. Deshalb ist die Feststellung der Kommission in ihren aktuellen Anwendungshinweisen zu Auslegungsfragen der Arbeitszeitrichtlinie vom 24. Mai 2017 (ABI. EU Nr. C 165/1) zutreffend, dass, berücksichtigt man nur den Zeitraum der täglichen und wöchentlichen Ruhezeit, die in der Richtlinie vorgeschriebenen Mindestzeiträume der täglichen und wöchentlichen Ruhezeit von den insgesamt 168 Stunden (24 Stunden x 7 Tage) einer Woche bereits durchschnittlich 90 Ruhestunden bedeuten (6 Tage x 11 Stunden tägliche Ruhezeit + 24 Stunden wöchentliche Ruhezeit). Demzufolge dürfte unter Berücksichtigung von Ruhezeiten, Ruhepausen und der möglichen strengeren

Beschränkungen im Fall von Nachtarbeit die Arbeitszeit auch im Falle einer rechtmäßigen Ausnahmeregelung nach Art. 22 RL 2003/88/EG einen Durchschnitt von 78 Stunden pro Woche nicht überschreiten (ABl. EU Nr. C 165/55).

- 33 Andererseits wirft die konkrete Bestimmung eines Bezugszeitraums nach Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG eine Vielzahl von bislang ungeklärten unionsrechtlichen Fragen auf. So ist zunächst unklar, ob es zur abstrakt-generellen Regelung der Möglichkeit einer "Opt-out"-Vereinbarung eines besonderen Bezugszeitraums bedarf. Der Hinweis in Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG auf den in Art. 16 Buchst. b) genannten Bezugszeitraum könnte nämlich auch darauf hindeuten, dass damit der längste vom Mitgliedstaat festzulegende Bezugszeitraum gemeint ist. Dafür könnte auch nach der deutschen Sprachfassung des Richtlinien textes sprechen, dass in Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG nur von dem "in Artikel 16 Buchstabe b) genannten Zeitraum" die Rede ist und nicht von dem "nach Artikel 16 Buchstabe b) festgesetzten Bezugszeitraum".
- 34 Des Weiteren stellen sich normsystematische Fragen nach dem Verhältnis von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG zu Art. 17 bis Art. 19 RL 2003/88/EG. Denn Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG verweist wörtlich betrachtet allein auf den in Art. 16 Buchst. b) RL 2003/88/EG genannten Zeitraum, sodass fraglich ist, ob er auch die Festsetzungen i.S.v. Art. 17 bis Art. 19 der Richtlinie erfasst, in denen - jeweils unter besonderen Voraussetzungen - andere Bezugszeiträume benannt werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Art. 17 bis Art. 19 RL 2003/88/EG im Verhältnis zu Art. 16 RL 2003/88/EG unter bestimmten Voraussetzungen längere Bezugszeiträume von sechs (Art. 19 Abs. 1 RL 2003/88/EG) und zwölf Monaten (Art. 19 Abs. 2 RL 2003/88/EG) eröffnen.
- 35 Die Formulierung der verschiedenen Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie ist je nach Sprachfassung und auch innerhalb einzelner Sprachfassungen nach den Ausführungen der Schlussanträge der Generalanwältin Kokott im Verfahren - C-484/04 - vom 9. März 2006 (Slg. I-7473 <7487> Rn. 62) uneinheitlich. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union müssen

aber die Bestimmungen des Unionsrechts im Licht der Fassungen in allen Sprachen der Union einheitlich ausgelegt und angewandt werden. Weichen die verschiedenen Sprachfassungen eines Rechtstextes der Union voneinander ab, muss die fragliche Vorschrift anhand der allgemeinen Systematik und des Zwecks der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört (EuGH, Urteile vom 17. Mai 2017 - C-48/16, ERGO - BB 2017, 1420 Rn. 37 und vom 1. März 2016 - C-443/14, C-444/14, Alo und Osso - NJW 2016, 1077 Rn. 27). Die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung und damit einer einheitlichen Auslegung der Bestimmungen des Unionsrechts schließt es danach aus, eine Vorschrift in einer ihrer Fassungen isoliert zu betrachten, sondern gebietet es, sie anhand des wirklichen Willens ihres Normgebers und des von ihm verfolgten Zwecks namentlich im Licht ihrer Fassungen in allen Sprachen der Union auszulegen. Eine abweichende Sprachfassung kann deshalb nicht allein gegenüber allen anderen Sprachfassungen den Ausschlag geben (EuG-Rechtsmittelkammer, Urteil vom 8. November 2012 - T-268/11 P - juris Rn. 58 zu RL 2003/88/EG).

- 36 Hier ist auf die Uneinheitlichkeit in den verschiedenen Sprachfassungen von Art. 16 Buchst. b), Art. 17 Abs. 1, Art. 19 Satz 2 und Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) und e) RL 2003/88/EG hinzuweisen. Die Fassungen von Art. 16 Buchst. b), Art. 17 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) und e) RL 2003/88/EG weisen in englischer, französischer und deutscher Fassung jeweils kleine Besonderheiten auf, die bei der Auslegung der Norm zu berücksichtigen sein könnten. Art. 16 Buchst. a) RL 2003/88/EG lautet in englischer Fassung: "for the application of Article 6 (maximum weekly working time), a reference period not exceeding four months", also um einen Bezugszeitraum, der vier Monate nicht überschreiten darf, während es in französischer und deutscher Fassung im Gleichklang um einen Bezugszeitraum von bis zu vier Monaten ("une periode de reference ne dépassant pas quatre mois") geht. Weiter heißt es in Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG in englischer Fassung "duration of the working time", während sich die französische und deutsche Fassung des Normtextes jeweils mit den Worten "la duree du temps de travail" oder mit dem Wort "Arbeitszeit" begnügt. Die englische Fassung spricht in Art. 19 Satz 2 RL 2003/88/EG darüber hinaus nur von Tarifverträgen (collective agreements) und Vereinbarungen zwischen beiden Seiten der Industrie (the two sides of industry) während im französischen und

deutschen Text der Richtlinie an dieser Stelle von "conventions collectives"/"Tarifverträgen" und "accords conclus entre partenaires sociaux"/"Sozialpartnern" gesprochen wird. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Kommission in ihrer aktuellen Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 24. Mai 2017 (ABl. EU Nr. C 165/01) ausdrücklich darauf hinweist, dass die Richtlinie weder den Begriff "Tarifvertrag" definiert noch näher erläutert, was "Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern auf nationaler und regionaler Ebene" sind, mit der Folge, dass diese Begriffe durch nationale Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten näher zu bestimmen seien (ABl. EU Nr. C 165/49). Schließlich ist auf Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG aufmerksam zu machen. Dort heißt es in der englischen Fassung am Ende "unless he has first obtained the worker's agreement to perform such work", während es nach der französischen und deutschen Textfassung ausreicht, dass sich der Arbeitnehmer bereit erklärt hat, mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentageszeitraums zu arbeiten.

- 37 All diese sprachlichen Unebenheiten lassen sich normsystematisch und teleologisch zwar unter Rückführung darauf vereinheitlichen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union in den Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie über die Mindestruhezeiten und die Höchstarbeitszeiten "besonders wichtige Regeln des Sozialrechts der Gemeinschaft" sieht. Diese Regeln müssen jedem Arbeitnehmer als ein zum Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit bestimmter Mindestanspruch zugutekommen (vgl. z.B. EuGH, Urteile vom 7. September 2006 - C-484/04 - Slg. 2006, I-7471 Rn. 38 und vom 14. Oktober 2010 - C 243/09, Fuß - Slg. 2010, I-9849 Rn. 47). Deshalb begrenzt der Gerichtshof die den Mitgliedstaaten nach Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG mögliche Abweichungsmöglichkeit u.a. von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit für Fälle, in denen die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann, auf das zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer "unbedingt Erforderliche" (EuGH, Urteil vom 26. Juli 2017 - C-175/16, Hälvä - juris Rn. 31).

- 38 Daraus aber den für den unionsrechtlichen Haftungsanspruch erforderlichen weiteren Schluss zu ziehen, ein Mitgliedstaat verstoße hinreichend qualifiziert und damit offenkundig gegen eine unionsrechtliche Norm, wenn er eine "Opt-out"-Entscheidung nach Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG trifft, ohne zugleich einen Bezugszeitraum im Sinne von Art. 16 Buchst. b) RL 2003/88/EG festzulegen, ist dem Senat mangels des erforderlichen Maßes an Klarheit und Genauigkeit der als verletzt geltenden Vorschrift - hier Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG - nicht möglich.
- 39 bb) Ebenso verhält es sich mit der weiteren Frage der Freiwilligkeit der nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2004 - C 397/01 u.a., Pfeiffer -, Slg. 2004, I-8835 Rn. 80 f., 85) notwendig individuellen Bereitschaftserklärung eines Arbeitnehmers. Hier geht es um den schriftlichen Antrag des Klägers vom 10. Oktober 2007, Zuvielarbeit im Sinne von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG leisten zu dürfen. Während die Freiwilligkeit und Individualität der Bereitschaftserklärung des Klägers unzweifelhaft sind, stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit Unionsrecht im Hinblick auf die Widerrufsmöglichkeit dieser Erklärung oder dieses Antrags nach § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009. Der Richtlinienentwurf enthält keine ausdrückliche Regelung über das "ob" und das "wie" einer die Bereitschaftserklärung betreffenden Widerrufsrechts des Arbeitnehmers. Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Möglichkeit und Modalitäten eines Widerrufs ist nicht ersichtlich. Der EFTA-Gerichtshof hat im Urteil vom 16. Dezember 2015 - E-5/15 - (juris) nur entschieden, dass der generelle Widerrufsabschluss einer einmal wirksam gegebenen Bereitschaftserklärung im Einzelfall eine Verletzung der Richtlinie begründen kann.
- 40 Ob die in § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009 vorgesehene Widerrufsmöglichkeit mit einer Frist von drei Monaten zum Ablauf des Kalenderjahres den Anforderungen an die jederzeitige Freiwilligkeit der Bereitschaft zur Zuvielarbeit genügt, kann hier unentschieden bleiben. Dafür könnte die Tatsache sprechen, dass der Richtlinienentwurf für die Frage des Widerrufs und der Widerrufsfrist einer Bereitschaftserklärung zur Zuvielarbeit keine ausdrücklichen Vorgaben macht. Dagegen ließe sich indes normsystematisch und am

Zweck des Arbeitszeitschutzes orientiert für einen möglichen Gleichlauf des nach Art. 16 Buchst. b) RL 2003/88/EG maximalen Bezugszeitraums von vier Monaten und der Frist für den Widerruf einer Bereitschaftserklärung zur Zuvielararbeit argumentieren (so etwa Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2016, Art. 22 RL 2003/88/EG Rn. 10). Auch die Tatsache, dass der bundesdeutsche Gesetzgeber in Umsetzung von Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG die Widerrufsfrist für nicht beamtete Arbeitnehmer in § 7 Abs. 7 Satz 2 ArbZG in der Fassung vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3002) generell auf sechs Monate ohne Begrenzung auf das Jahresende bestimmt hat (vgl. dazu näher Wank, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 7 ArbZG Rn. 26), könnte gegen eine maximal 15 Monate laufende Widerrufsfrist - Widerruf am 1. Oktober, Fristablauf am 31. Dezember des Folgejahres - in § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009 eingewandt werden. Dies zeigt: Auch die Frage, ob die Vorgaben des streitgegenständlichen brandenburgischen Landesrechts zur Arbeitszeit für Feuerwehrbeamte in der Zeit zwischen 2007 (Inkrafttreten von § 4 AZV Feu 2007 im August 2007) und 2014 (Inkrafttreten von § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2014 im August 2014) den Anforderungen der Freiwilligkeit für die Dauer der Bereitschaft zur Zuvielararbeit nach Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG genügen, lässt sich aufgrund einer Normauslegung nach Wortlaut, Systematik und Zweck nicht hinreichend eindeutig und klar beantworten.

- 41 cc) Die Textanalyse schließt es nach alledem aus, hinsichtlich der Umsetzung von Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG zu den Fragen der Notwendigkeit von Bezugszeiträumen und den Anforderungen an die Freiwilligkeit für den Widerruf von Einverständniserklärungen zur Zuvielararbeit hinsichtlich § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009 von einem "hinreichend qualifizierten Verstoß" gegen das Unionsrecht im Sinn des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs auszugehen.
- 42 4. Ungeachtet der evident unzureichenden Umsetzung von Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG durch den für die Regelung der Arbeitszeit von kommunalen Feuerwehrbeamten zuständigen Landesgesetzgeber ist die beklagte Stadt hier als Normanwender aufgrund des Anwendungsvorrangs des

Unionsrechts gehalten gewesen, die Vorgaben der Richtlinie zu befolgen und entgegenstehendes Landesrecht unangewendet zu lassen. Die Beklagte hätte erkennen müssen, dass § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BbgAZV/PFJ 2009 klar und eindeutig die Vorgabe gemäß Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG verletzen, weil es diesen Rechtsverordnungen an einer Vorschrift fehlt, die gewährleistet, dass keinem Arbeitnehmer Nachteile daraus entstehen, dass er nicht bereit ist, Zuvielarbeit zu leisten. Ein Träger öffentlicher Gewalt ist auch in seiner Eigenschaft als öffentlicher Arbeitgeber zur Anwendung des Unionsrechts verpflichtet (EuGH, Urteile vom 25. November 2010 - C-429/09, Fuß - Slg. 2010, I-12167 Rn. 39 und 85 und vom 15. April 2008 - C-268/06, Impact - Slg. 2008, I-02483 Rn. 85; BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 18). Danach hat die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Dienstherrin des Klägers durch Nichtbeachtung des Anwendungsvorrangs der EU-Arbeitszeitrichtlinie hinreichend qualifiziert gegen das Unionsrecht verstoßen. Dass sie innerstaatlich die Rechtsverordnungen des Landes im Rahmen ihrer Aufgaben der mittelbaren Staatsverwaltung zu befolgen hatte, ändert daran nichts.

- 43 5. Der unionsrechtliche Haftungsanspruch wegen rechtswidriger Zuvielarbeit setzt - wie der nationale dienstrechtliche Ausgleichsanspruch - voraus, dass er vom Beamten oder Soldaten zuvor zumindest in Form einer Rüge geltend gemacht worden ist. Auszugleichen ist die rechtswidrige Zuvielarbeit, die ab dem auf die erstmalige schriftliche Geltendmachung folgenden Monat geleistet worden ist (stRspr, BVerwG, Urteile vom 29. September 2011 - 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 Rn. 19, vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 26 und vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 25). Da der Kläger erst im Januar 2012 den Antrag gestellt hat, stehen ihm Ansprüche erst ab Februar 2012 zu.
- 44 a) Besoldungsansprüche von Beamten und Soldaten ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz (z.B. § 2 Abs. 1 BBesG), eines Antrages oder einer Rüge bedarf es daher nicht. Entsprechendes gilt für Versorgungsbezüge (z.B. § 3 Abs. 1 BeamtVG, § 1a Abs. 1 SVG): Rechtsgrund der Alimentierung von Ruhestandsbeamten ist zwar der Versorgungsfestsetzungsbescheid, auch dieser ergeht

indes von Amts wegen (z.B. § 49 Abs. 1 Satz 1 BeamtVG, § 46 Abs. 1 Satz 1 SVG) und bedarf daher weder eines Antrags noch einer Hinweispflicht (BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2012 - 2 C 59.11 - BVerwGE 145, 14 Rn. 34).

- 45 Ansprüche, deren Festsetzung und Zahlung sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, bedürfen dagegen einer vorherigen Geltendmachung (BVerfG, Beschluss vom 22. März 1990 - 2 BvL 1/86 - BVerfGE 81, 363 <384 f.>; BVerwG, Urteile vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 27 und vom 4. Mai 2017 - 2 C 60.16 - juris Rn. 16). Denn hier ist eine vorgängige behördliche Entscheidung über Grund und Höhe der begehrten Zahlung erforderlich.
- 46 Für Ansprüche wegen unionsrechtswidriger Zuvielarbeit gilt dies in besonderer Weise. Diese sind nicht primär auf die Zahlung eines finanziellen Ausgleichs gerichtet, sondern auf die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands. Durch den Hinweis des Beamten oder Soldaten ist daher zunächst eine Prüfung seines Dienstherrn veranlasst, ob eine Änderung der Arbeitszeitgestaltung erforderlich ist und ob eine rechtswidrige Zuvielarbeit - etwa durch Anpassung der maßgeblichen Dienstpläne - vermieden oder durch die Gewährung von Freizeitausgleich kompensiert werden kann. Ohne entsprechende Rüge muss der Dienstherr nicht davon ausgehen, jeder Beamte werde die Überschreitung der aktuellen Arbeitszeitregelung beanstanden. Auch hinsichtlich der möglichen finanziellen Ausgleichspflicht hat der Dienstherr ein berechtigtes Interesse daran, nicht nachträglich mit unvorhersehbaren Zahlungsbegehren konfrontiert zu werden (BVerwG, Urteile vom 21. September 2006 - 2 C 7.06 - Buchholz 240 § 40 BBesG Nr. 39 Rn. 15 und vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 28).
- 47 Der Beamte wird durch das Erfordernis der schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs gegenüber seinem Dienstherrn auch nicht unzumutbar belastet. Denn an die Rüge des Berechtigten sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Es reicht aus, wenn sich aus der Äußerung ergibt, dass der Beamte oder Soldat die wöchentliche Arbeitszeit für zu hoch festgesetzt hält. Weder ist ein Antrag im rechtstechnischen Sinne erforderlich noch muss Freizeitausgleich,

hilfsweise finanzieller Ausgleich, beantragt oder der finanzielle Ausgleich konkret berechnet werden (BVerwG, Urteile vom 27. Mai 2010 - 2 C 33.09 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 117 Rn. 15 und vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 27).

- 48 b) Die Anwendung des Grundsatzes der schriftlichen Geltendmachung auch auf den nicht normativ geregelten unionsrechtlichen Haftungsanspruch ist mit Unionsrecht vereinbar (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2014 - C-501/12, Specht - NVwZ 2014, 1294 Rn. 110 ff.; BVerwG, Urteile vom 29. September 2011 - 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 Rn. 20 und vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 30). Voraussetzung für die Vereinbarkeit des genannten Grundsatzes mit Unionsrecht ist, dass den Anforderungen des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes Rechnung getragen ist (EuGH, Urteile vom 19. Juni 2014 - C-501/12 u.a., Specht - NVwZ 2014, 1294 Rn. 110 bis 115 und vom 9. September 2015 - C-20/13, Unland - ZBR 2015, 414 Rn. 72).
- 49 Die den nationalen Gerichten obliegende Prüfung ergibt, dass die Voraussetzungen der beiden unionsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf das Gebot der schriftlichen Geltendmachung erfüllt sind. Dem Gebot, dass die Modalitäten zur Durchsetzung des unionsrechtlichen Anspruchs nicht ungünstiger sein dürfen als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzgrundsatz), ist Rechnung getragen. Auch der - neben dem unionsrechtlichen Haftungsanspruch bestehende, richterrechtlich entwickelte - Ausgleichsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ist nur gegeben, wenn der Berechtigte diesen gegenüber seinem Dienstherrn geltend macht (BVerwG, Urteile vom 29. September 2011 - 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 Rn. 19 f. und vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 26 ff.). Der Effektivitätsgrundsatz verlangt, dass die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird. Die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung ist im Interesse der Rechtssicherheit, die zugleich den Berechtigten und die Behörde schützt, mit diesen Vorgaben des Unionsrechts vereinbar (EuGH, Urteile vom 30. Juni 2011 - C-262/09, Meilicke - Slg. 2011, I-5669 Rn. 56 m.w.N., vom

19. Juni 2014 - C-501/12 u.a., Specht - NVwZ 2014, 1294 Rn. 110 ff., vom 9. September 2015 - C- 20/13, Unland - NVwZ 2016, 131 Rn. 72; BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 31). Zudem sind, wie dargelegt, die Anforderungen an die schriftliche Geltendmachung des Anspruchs gering. Denn der Berechtigte muss gegenüber dem Dienstherrn lediglich schriftlich zum Ausdruck bringen, er halte die wöchentliche Arbeitszeit für zu hoch festgesetzt.

- 50 6. Der primär auf Ausgleich in Freizeit gerichtete Anspruch des Klägers wandelt sich infolge Ablaufs des möglichen Ausgleichszeitraums in einen Anspruch auf finanziellen Ausgleich, der weder verfallen noch aus anderen Gründen ausgeschlossen ist.
- 51 Der Haftungsanspruch wegen unionsrechtswidriger Zuvielarbeit ist primär auf Ausgleich in Freizeit gerichtet. Zweck der Begrenzung der Höchstarbeitszeit pro Siebentageszeitraum, den Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, ist nicht durch eine Geldzahlung, sondern durch die Freistellung von der Pflicht zur Dienstleistung zu erreichen.
- 52 Scheidet aber die Gewährung von Freizeit zum Ausgleich der unionsrechtswidrigen Zuvielarbeit aus vom Berechtigten nicht zu vertretenden Gründen aus, so gebietet es der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz, dass die entstandenen Ansprüche nicht untergehen, sondern sich in solche auf finanziellen Ausgleich umwandeln (BVerwG, Urteile vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 34 ff. und vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 36). Danach sind hier finanzielle Ausgleichsansprüche des Klägers nicht ausgeschlossen, weil die über die Jahre hinweg angespannte Personalsituation bei der Berufsfeuerwehr der Beklagten, in der der Kläger Dienst zu leisten hatte, ebenso wie der zwischenzeitliche Zeitablauf der Gewährung von Freizeit zur Abgeltung der entstandenen Ansprüche entgegenstanden.
- 53 7. Ob der Kläger unionsrechtswidrig zu viel gearbeitet hat, bestimmt sich hier nach dem jeweiligen Siebentageszeitraum im Sinne von Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG.

- 54 Ebenso wie Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/88/EG wendet sich auch Art. 16 dieser Richtlinie ("Die Mitgliedstaaten können ... vorsehen") an den Mitgliedstaat. Dieser ist zu der von Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG abweichenden Festlegung des Bezugszeitraums ("bis zu vier Monaten") berechtigt, aber nicht verpflichtet. Ob und inwieweit der Mitgliedstaat diese Ermächtigung zu der für den Arbeitnehmer ungünstigen Ausdehnung des Bezugszeitraums auf bis zu vier Monaten ausnutzt, ist Sache der jeweils zuständigen gesetzgebenden Organe des Mitgliedstaates, weil nur sie die zur Umsetzung einer Richtlinie erforderlichen Rechtsnormen erlassen können. Die Ausübung der Ermächtigung ist jedenfalls nicht den das Recht anwendenden nationalen Gerichten in dem Sinne überantwortet, dass diese den Bezugszeitraum nach dem Aspekt der "Sachgerechtigkeit" festlegen können. Um die ihm eingeräumte Befugnis in Anspruch zu nehmen, muss der Mitgliedstaat auch die Entscheidung treffen, sich auf diese Ermächtigung zu berufen. Im Interesse der Rechtssicherheit muss diese Entscheidung des Mitgliedstaates bestimmt und klar sein (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2010 - C-227/09, Accardo - Slg. 2010, I-10273 Rn. 50 f. m.w.N. und Rn. 55; BVerwG, Urteil vom 15. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 59).
- 55 Im Zeitraum bis zum 1. August 2014 und damit in der hier zwischen den Beteiligten streitigen Zeit zwischen 2009 und 2012 hatte das Land den Bezugszeitraum für die vom Kläger freiwillig erbrachte unionsrechtswidrige Zuvielarbeit in § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BvgAZVPFJ 2009 auf ein Jahr - anstatt wie nach Art. 16 Buchst. b) RL 2003/88/EG zulässig eröffnet - auf bis zu maximal vier Monaten erstreckt.
- 56 Auch die sonstigen Bestimmungen der RL 2003/88/EG, die zu einer Verlängerung des Bezugszeitraums führen können - nach Art. 19 Satz 2 RL 2003/88/EG bis zu zwölf Monate bei Festlegungen in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen Sozialpartnern -, greifen nicht zu Gunsten der Beklagten ein. Art. 17 Abs. 3 Buchst. c) und Art. 18 RL 2003/88/EG setzen jeweils voraus, dass der Mitgliedstaat Regelungen im Sinne von Art. 16 RL 2003/88/EG erlassen hat, die den Anforderungen an die Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht im

Sinne von Art. 288 Abs. 3 AEUV genügen. Daran fehlt es aber ebenso wie an der Ausnutzung der genannten Befugnisse ("sind ... zulässig" und "kann abgewichen werden") durch den Erlass einer für die Umsetzung erforderlichen Rechtsnorm des innerstaatlichen Normgebers.

- 57 8. Die Berechnung der vom Kläger für die Zeit ab dem Folgemonat der erstmaligen Geltendmachung - hier: Geltendmachung im Januar 2012 - der im Einzelnen erbrachten unionsrechtswidrigen Zuvielarbeit ist konkret und nicht - wie vom Obergericht angenommen - pauschal zu ermitteln. Die konkrete Ermittlung der vom Kläger für den Zeitraum von Februar 2012 bis Dezember 2012 tatsächlich geleisteten Zuvielarbeit ist die weitere Aufgabe des erneut durchzuführenden Berufungsverfahrens. Dabei folgt schon aus dem Unionsrecht gemäß Art. 16 Buchst. b) Satz 2 RL 2003/88/EG, dass die nach Art. 7 RL 2003/88/EG gewährten Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs sowie die Krankheitszeiten bei der Berechnung des Durchschnitts der wöchentlichen Höchstarbeitszeit unberücksichtigt bleiben oder neutral sind. Diese Vorgabe des Unionsrechts verlangt, dass ungeachtet der Frage der Umsetzung in innerstaatliches Recht durch eine Rechtsnorm die betreffenden Tage bei der Berechnung mit der jeweiligen Soll-Arbeitszeit anzusetzen sind.
- 58 Die Arbeitszeitrichtlinie nimmt zwar lediglich auf den unionsrechtlich gewährleisteten Mindesturlaub von vier Wochen Bezug (Art. 7 RL 2003/88/EG). Auch der darüber hinausgehende, im nationalen Recht begründete Mehrurlaub ist indes mit der Soll-Arbeitszeit anzusetzen. Denn Art. 15 RL 2003/88/EG lässt das Recht der Mitgliedstaaten unberührt, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigere Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen. Dies umfasst auch die Einräumung eines über den unionsrechtlichen Mindesturlaub hinausgehenden Urlaubsanspruchs. Da der Kläger am Urlaubstag von der Pflicht zur Dienstleistung befreit ist und auch der Mehrurlaub der Erholung des Klägers dient, können diese Tage nicht als Ausgleich für eine Überschreitung der Höchstarbeitszeit von 48 Stunden pro Siebentageszeitraum herangezogen werden (vgl. ebenso schon BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 66).

- 59 Auch Feiertage, die auf Wochentage fallen, sind mit der jeweiligen Soll-Arbeitszeit einzubeziehen und damit grundsätzlich zu neutralisieren. Soweit der Kläger an diesen Tagen nicht zur Dienstleistung verpflichtet war, können solche Tage nicht zum Ausgleich einer etwaigen Überschreitung der Höchstarbeitszeit herangezogen werden. Demgegenüber sind Zeiten, in denen dem Kläger auf Grundlage des Dienstzeitausgleichserlasses ein zeitlicher Ausgleich gewährt wurde, keine Arbeitszeit im Sinne von Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG.
- 60 Zur Arbeitszeit zählen unionsrechtlich sämtliche Zeiten, die vom betreffenden Feuerwehrbeamten im Rahmen von Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst in Form persönlicher Anwesenheit in der Dienststelle abgeleistet worden sind, unabhängig davon, welche Arbeitsleistung er während dieses Dienstes tatsächlich erbracht hat (EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2000 - C-303/98, Simap - Slg. 2000, I-7997 Rn. 52). Deshalb wird auch die genaue Bestimmung der Zahl der auszugleichenden Stunden Aufgabe des erneut durchzuführenden Berufungsverfahrens sein. Nach dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz muss danach vorliegend jede Stunde, die der Kläger innerhalb eines Siebentageszeitraumes über 48 Stunden hinaus gearbeitet hat, ausgeglichen werden, weil die Voraussetzungen für das von der Beklagten geltend gemachte "Opt-out" nach Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG - wie gezeigt - nicht vorlagen. Auch dies spricht nur für einen Ausgleich von tatsächlich und konkret erbrachter Zuvielarbeit.
- 61 Der Geldausgleich für die vom Kläger unionsrechtswidrig geleistete Zuvielarbeit orientiert sich an den jeweils geltenden Stundensätzen der Verordnung über die Gewährung von Mehrarbeitsvergütung für Beamte in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Dezember 1998 (- MVergV -, BGBl. I S. 3494). Auch dies macht deutlich, dass es um die konkret stundenbezogene Abrechnung der Zuvielarbeit geht und nicht um deren pauschale Zugrundelegung. Zwar unterscheiden sich rechtmäßige Mehrarbeit und unionsrechtswidrige Zuvielarbeit tatbestandlich. Rechtmäßige Mehrarbeit bedarf nach § 76 Abs. 2 LBG BB vom 3. April 2009 (GVBl. I S. 26) der Anordnung oder Genehmigung, die nur verfügt oder erteilt werden darf, wenn zwingende dienstliche Verhältnisse dies erfordern und sich die Mehrarbeit auf Ausnahmefälle beschränkt. Des Weiteren darf

angeordnete oder genehmigte Mehrarbeit die unionsrechtliche Höchstarbeitszeit von 48 Wochenstunden im Siebentageszeitraum (Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG) - außerhalb der vom Unionsrecht vorgesehenen Verfahren nach Art. 16 bis Art. 19 RL 2003/88/EG und Art. 22 RL 2003/88/EG - nicht überschreiten (BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 Rn. 14). Nur unter diesen Voraussetzungen liegt Mehrarbeit im dienstrechtlichen Sinn vor, die zeitausgleichs- oder vergütungsfähig ist. Dagegen handelt es sich bei rechtswidrig geleisteter Zuvielarbeit im öffentlichen Dienstrecht um die Dienstzeit, die der Beamte über die unionsrechtlich nach Maßgabe der Arbeitszeitrichtlinie und ihrer Ausnahmestimmungen höchstens zulässige wöchentliche Arbeitszeit hinaus erbringt. Sie ist ihm stets voll auszugleichen, primär durch Freizeitausgleich, sofern dies nicht mehr möglich ist, sekundär durch Geldausgleich. Dennoch geht es in beiden Fällen um den Ausgleich für eine überobligationsmäßige Heranziehung des Beamten (BVerwG, Urteile vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 35 und vom 17. September 2015 - 2 C 26.14 - Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 67), sodass für den Geldausgleich auch in Fällen unionsrechtswidriger Zuvielarbeit in der Rechtsfolge die Stundensätze der Mehrarbeitsvergütungsverordnung herangezogen werden können.

- 62 Auf die Vorschriften über die Besoldung kann hingegen nicht zurückgegriffen werden (BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 - 2 C 29.11 - BVerwGE 143, 381 Rn. 39). Denn die Besoldung ist kein Entgelt im Sinne einer Entlohnung für konkrete Dienste (stRspr, vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 30. März 1977 - 2 BvR 1039/75 u.a. - BVerfGE 44, 249 <264>, vom 15. Oktober 1985 - 2 BvL 4/83 - BVerfGE 71, 39 <63> und vom 20. März 2007 - 2 BvL 11/04 - BVerfGE 117, 372 <380>), sondern die Gegenleistung des Dienstherrn dafür, dass sich der Beamte mit vollem persönlichen Einsatz der Erfüllung seiner Dienstpflichten widmet (stRspr, vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 11. April 1967 - 2 BvL 3/62 - BVerfGE 21, 329 <345>, vom 15. Oktober 1985 - 2 BvL 4/83 - BVerfGE 71, 39 <63> und vom 20. März 2007 - 2 BvL 11/04 - BVerfGE 117, 372 <380>). Sie ist nicht auf die Entlohnung von Arbeitsstunden, sondern auf die Sicherstellung einer amtsangemessenen Lebensführung gerichtet.

63 9. Nach alledem hat für den Senat keine Veranlassung bestanden, das Verfahren auszusetzen, um eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Union nach Art. 267 AEUV einzuholen. Dem Kläger steht für den Zeitraum vom Februar 2012 bis Dezember 2012 stundenbezogener Geldausgleich zu, für den die Beklagte nach Maßgabe der Grundsätze des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs einzutreten hat, weil sie bei der vom Kläger konkret erbrachten Zuvielarbeit den Anwendungsvorrang des durch § 4 Abs. 3 AZV Feu 2007 und § 21 Abs. 4 BbgAZVPFJ 2009 offenkundig verletzten Nachteilsverbots gemäß Art. 22 Abs. 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG nicht beachtet hat. Auf weitere Fragen des Unionsrechts hat es deshalb nicht mehr entscheidungserheblich ankommen können.

Domgörgen

Dr. Hartung

Dr. Kenntner

Dollinger

Dr. Günther

B e s c h l u s s
vom 20. Juli 2017

Der Wert des Streitgegenstands wird für das Revisionsverfahren auf 16 830,81 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1 sowie § 52 Abs. 3 Satz 1 und § 71 Abs. 1 Satz 2 GKG).

Domgörgen

Dr. Hartung

Dollinger