

Feuerwehrbeamte für Opt-Out-Schichten angemessen vergüten

Rechtsgutachten von Prof. Dr. Frank-Rüdiger Jach,
Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg



Herausgeber:

Hotstegs Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Mozartstr. 21

40479 Düsseldorf

Tel.: 0211/497657-16

Fax.: 0211/497657-26

kanzlei@hotstegs-recht.de

www.hotstegs-recht.de

Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf

Amtsgericht Düsseldorf, HRB 70538

Geschäftsführer: Rechtsanwalt Robert Hotstegs

Zur Ehr & zur Wehr

Feuerwehren erfüllen in allen Städten und Gemeinden eine überlebenswichtige Aufgabe. Dies gilt umso mehr, als viele Kommunen weiterhin unter großem Personalmangel leiden. Umso wichtiger ist es, dass das vorhandene Personal effektiv eingesetzt und hierfür angemessen vergütet wird. Das Landesbeamtenrecht bietet hierfür in NRW verschiedene Möglichkeiten.

Der Weg allerdings, den die Arbeitszeitverordnung Feuerwehr in § 5 AZVOFeu als sogenannte Individualvereinbarung zulässt und der unter dem Schlagwort „opt-out“ diskutiert wird, ist mit juristischen Fehlern und finanziellen Ungerechtigkeiten belastet. § 5 AZVOFeu ist europarechtswidrig, das Gesetz über die Gewährung einer Zulage für freiwillige, erhöhte wöchentliche Regelarbeitszeit im feuerwehrtechnischen Dienst in Nordrhein-Westfalen vom 19. Juni 2007 ist verfassungswidrig. Dies hat Prof. Dr. Frank-Rüdiger Jach in dem vorliegenden Gutachten nachhaltig geprüft.

Es gilt abzuwarten, ob der Landesgesetzgeber nun entsprechende Musterverfahren vor den Verwaltungsgerichten „aussitzt“. Leider spricht vieles dafür, denn er hat das Gesetz bereits zweimal verlängert und lediglich den Pauschalbetrag pro Schicht von 20,- € auf 30,- € angehoben. Das behebt die grundsätzlichen Fehler nicht. Und es bedeutet stattdessen, dass jeder einzelne Beamte sich gegen seinen Dienstherrn „zur Wehr“ setzen muss, notfalls im Klageweg. Musterverfahren, die eine höhere Vergütung der Schichten als Mehrarbeit erstreiten wollen, sind zurzeit beim Verwaltungsgericht Düsseldorf anhängig.

Ein großer Dank gilt Prof. Dr. Jach und der Deutschen Feuerwehr-Gewerkschaft, ohne deren zeitliches und finanzielles Engagement dieses Gutachten nicht möglich gewesen wäre.

Robert Hotstegs
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

„opt-out Modell“ bei Feuerwehren verfassungswidrig

Die Deutsche Feuerwehr-Gewerkschaft (DFeuG) unterstützt die Klage eines Feuerwehrmannes aus Düsseldorf auf einen neuen Überstundenausgleich nach Mehrarbeitsvergütung.

Die DFeuG hält die Vergütung der Schichtdienste, über die übliche Regelarbeitszeit hinaus, für rechtswidrig. Diese „opt-out Regelung“, eingeführt um seit mehr als 10 Jahren vorhandene Personalknappheit auszugleichen, hielten wir von Anfang an für rechtswidrig und haben das auch immer kommuniziert.

Viele unserer Kolleginnen und Kollegen haben in den vergangenen Jahren aus Angst vor dem Wegfall ihres 24 Stunden-Dienstes die Individualvereinbarungen mit der „opt-out Regelung“ unterschrieben. Nicht selten wurde bei den Feuerwehren hinter vorgehaltener Hand damit gedroht.

Die DFeuG hat schon in ihrer Vorgängerorganisation, der Interessenvertretung der Feuerwehr, seit 2006 darauf hingewiesen, dass eine Bezahlung mit einem Pauschalbetrag für freiwillig geleistete Mehrarbeit gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt. Der Grund dafür ist die Benachteiligung im Vergleich mit anderen Beamten, die nach Mehrarbeitsvergütung bezahlt werden.

Deshalb unterstützen wir das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Jach zur Frage der Verfassungswidrigkeit des Zulagesgesetzes für Feuerwehrleute in NRW.

Der Vorstand der DFeuG-Landesgruppe NRW

Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Opt out Regelung in Nordrhein-Westfalen

von Prof. Dr. Frank-Rüdiger Jach¹

I. Gutachterliche Fragestellungen

Das vorliegende Rechtsgutachten wird im Auftrag der Hotstegs Rechtsanwalts-gesellschaft (Düsseldorf) erstellt.

Es wird in diesem Rechtsgutachten zu prüfen sein, ob die Regelungen des § 1 des Gesetzes über die Gewährung einer Zulage für freiwillige, erhöhte wöchentliche Regelarbeitszeit im feuerwehrtechnischen Dienst in Nordrhein-Westfalen i.V.m. den Regelungen der AZVO Feu NRW und der gegenüber dem Dienstherrn abgegebenen Erklärungen über freiwillige Mehrarbeit mit Unionsrecht vereinbar und verfassungsgemäß sind, insbesondere ob diese den unionsrechtlichen Umsetzungsanforderungen, dem Transparenzgebot und den rechtsstaatlichen Anforderungen der Normenklarheit und des Bestimmtheitsgebots und des Vorbehalts des Gesetzes genügen und mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sind.

Anlass für die zu beurteilende Rechtsfrage ist die Reduzierung der Wochenarbeitszeit für die beamteten hauptamtlichen Feuerwehrleute von ehemals 54 auf 48 Stunden durch Umsetzungsvorgaben von EU- Richtlinien zum Gesundheits- und Arbeitsschutz und deren Regelung durch die AZVO Feu 2007 und die darin vorgesehene Möglichkeit, entgegen der wöchentlichen Höchst-arbeitszeit von 48 Stunden im Schichtdienst "freiwillig" mehr als 48 Stunden Dienst zu leisten - opt out Regelung -, der mit einer Pauschalvergütung abgegolten wird, deren Gewährung und Höhe im (pflichtgemäßen) Ermessen des Dienstherrn liegt und maximal € 20.-/30.- (seit 2014) beträgt. Gegen diese Vergütungsregelung richten sich die anhängigen Musterklagen.

Die ursprüngliche Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG

¹ Der Verfasser ist Professor für Staats-, Verfassungs-, Europa- und Öffentliches Dienstrecht an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg, Fakultät Wirtschaft und Soziales, Fachbereich Public Management

Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EG 1993 Nr. L 307 S. 18.

und die Änderungsrichtlinie 2000/34/EG,

Richtlinie 2000/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 2000 zur Änderung der Richtlinie 93/104/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung hinsichtlich der Sektoren und Tätigkeitsbereiche, die von jener Richtlinie ausgeschlossen sind, ABl. EG 2000 Nr. L 195 S. 41,

welche den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie 1999 erweiterte, wurden im Jahre 2003 durch die Arbeitszeitrichtlinie - RL 2003/88/EG

Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. Nr. L 299 S. 9

ersetzt, welche die unionsrechtliche Grundlage für die hier zu erstellende rechtliche Beurteilung darstellt.

Die vorstehend genannten Richtlinien bezüglich der Arbeitszeit dienen dem Gesundheits- und Arbeitsschutzes der Arbeitnehmer im Gebiet der Europäischen Union und begründen einerseits einen Anwendungsvorrang vor nationalem Recht und andererseits, um diese Ziele zu erreichen, eine Umsetzungspflicht in nationales Recht. Daher ist nachfolgend zunächst zu prüfen, ob die Umsetzung der Richtlinie 2003 durch das Land Nordrhein-Westfalen den unionsrechtlichen Vorgaben genügt und die getroffenen Regelungen darüber hinaus verfassungsgemäß sind.

II. Sachverhalt

Da die Reduzierung der Wochenarbeitszeit auf 48 Stunden bei den Kommunen einen erheblichen Personalmehrbedarf erfordert und kein zusätzliches Personal in ausreichendem Umfang von den Kommunen eingestellt wurde, hat das Land Nordrhein-Westfalen durch die Arbeitszeitverordnung Feuerwehr mit Wirkung zum 1.1.2007 den Kommunen rechtlich die Möglichkeit eingeräumt, dass Feuerwehrbeamtinnen und -beamte durch entsprechende Erklärung freiwillig

über die 48 Stunden hinaus sechs Stunden mehr arbeiten können - opt out - Erklärung.

Mit der Begründung, den Kommunen die rechtliche Möglichkeit zu geben, diese Mehrarbeit auch vergüten zu können, hat der Landtag mit Wirkung zum 30.6.2007 das „Gesetz über die Gewährung einer Zulage für freiwillige, erhöhte wöchentliche Regelarbeitszeit im feuerwehrtechnischen Dienst in Nordrhein-Westfalen“ beschlossen, wobei die Landesregierung davon ausgeht, dass es sich um eine Übergangsregelung handeln soll und die Kommunen bis zum 31.12.2016 den Personalbedarf über Einstellungen und Ausbildung decken und die Regelungen in der Arbeitszeitverordnung Feuerwehr nicht mehr verlängert werden sollen.

s. hierzu <http://gruene-fraktion-nrw.de/aktuell/sliderdetail/nachricht/erhoehung-der-opt-out-zulage-erkennt-die-leistungen-der-feuerwehrleute-an.html>

Nach einer Umfrage des Innenministeriums von Juli 2013 machen ca. 8.500 Feuerwehrleute der Berufsfeuerwehren im Land Nordrhein-Westfalen von dieser sogenannten opt - out - Regelung Gebrauch.

[http://www.komba.de/index.php?id=artikel_rk-neuss&tx_ttnews\[tt_news\]=2981&cHash=353ac2b5dd010bb57db514d07a0f5a9c](http://www.komba.de/index.php?id=artikel_rk-neuss&tx_ttnews[tt_news]=2981&cHash=353ac2b5dd010bb57db514d07a0f5a9c)

Für diese Mehrarbeit kann den Betroffenen nach der gesetzlichen Regelung, auf die nachfolgend näher einzugehen ist, eine nichtruhegehaltsfähige Pauschale von bis zu € 30.- pro Schicht gewährt werden.

Hierbei wurde durch Gesetzesänderung im Jahre 2014 der Pauschalbetrag von zuvor € 20.- auf nunmehr € 30.- erhöht.

III. Rechtliche Grundlagen

3.1. Vorgaben des Europarechts

Richtlinien richten sich an die Mitgliedstaaten der Europäischen Union und bedürfen der nationalen Umsetzung innerhalb einer bestimmten Frist. Sie geben gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV das zu erreichende Ziel verbindlich vor, überlassen jedoch den Mitgliedstaaten die Form- und Mittelauswahl um das Ziel zu erreichen.

Die Richtlinie 2003/88/EG enthält Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung. Gegenstand dieser Richtlinie sind die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten, der Mindestjahresurlaub, die Ruhepausen und die wöchentliche Höchst Arbeitszeit sowie bestimmte Aspekte der Nacht- und der Schichtarbeit sowie des Arbeitsrhythmus.

Nach Art. 2 (3) gilt diese Richtlinie unbeschadet ihrer Artikel 14, 17, 18 und 19 für alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 89/391/EWG.

Ein Träger öffentlicher Gewalt ist auch in seiner Eigenschaft als öffentlicher Arbeitgeber zur Umsetzung der Richtlinie als Teil des Unionsrechts verpflichtet.

EuGH, Urteile vom 25. November 2010 - Fuß - Rn. 39 und 85 juris, sowie vom 15. April 2008 - Rs. C-268/06, Impact - Slg. 2008, I-02483 Rn. 85.

Dies gilt für das Land Nordrhein-Westfalen nicht nur in seiner Eigenschaft als zuständiger Normgeber, sondern auch für die Kommunen - hier die Stadt Düsseldorf - in ihrer Eigenschaft als Dienstherr.

Bei Nichtbeachtung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts durch Nichtumsetzung oder mangelnde Umsetzung der Richtlinie, müssen sich dies beide jeweils mit der Folge zurechnen lassen, dass nach dem - hier gegebenen - Ablauf der Umsetzungsfrist die Richtlinie unmittelbare Geltung entfaltet.

Vgl. BVerwG 2 C 70.11 vom 26.7.2012

Nach Art. 2 im Sinne der Richtlinie 2003 umfasst die Arbeitszeit jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Einbezogen ist auch die Schichtarbeit. Schichtarbeit ist nach Abs. 2 Nr. 5 dabei jede Form der Arbeitsgestaltung kontinuierlicher oder nicht kontinuierlicher Art mit Belegschaften, bei der Arbeitnehmer nach einem bestimmten Zeitplan, auch im Rotationsturnus, sukzessive an den gleichen Arbeitsstellen eingesetzt werden, so dass sie ihre Arbeit innerhalb eines Tages oder Wochen umfassenden Zeitraums zu unterschiedlichen Zeiten verrichten müssen;

Insofern besteht gutachterlich kein - zu erörternder - Zweifel, dass die von den Betroffenen geleisteten 54 Stunden wöchentlich unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

Nach Art. 6 RiL 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.

In Art. 16 RiL ist festgelegt, dass die Mitgliedstaaten für die Anwendung des Art. 6 RiL (wöchentliche Höchstarbeitszeit) einen Bezugszeitraum bis zu vier Monaten festlegen können.

Gem. Art. 17 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer von den Artikeln 3 bis 6, 8 und 16 RiL abweichen, wenn 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. In den Anwendungsbereich fallen hierbei nach Abs. 3 c iii. auch Arbeitnehmer der Feuerwehrschutzdienste.

Nach Artikel 22 Abs. 1 ist es einem Mitgliedstaat freigestellt, Artikel 6 nicht anzuwenden, wenn er die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer einhält und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür sorgt, dass

- a) kein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangt, im Durchschnitt des in Artikel 16 Buchstabe b) genannten Bezugszeitraums mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums zu arbeiten, es sei denn der Arbeitnehmer hat sich hierzu bereit erklärt;
- b) keinem Arbeitnehmer Nachteile daraus entstehen, dass er nicht bereit ist, eine solche Arbeit zu leisten;
- c) der Arbeitgeber aktuelle Listen über alle Arbeitnehmer führt, die eine solche Arbeit leisten;
- d) die Listen den zuständigen Behörden zur Verfügung gestellt werden, die aus Gründen der Sicherheit und/oder des Schutzes der Gesundheit der Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit unterbinden oder einschränken können.

3.2. Regelungen im Landesbeamtengesetz Nordrhein-Westfalen

Nach § 60 Abs. 1 LBG NRW darf die regelmäßige Arbeitszeit der Beamten im Jahresdurchschnitt einundvierzig Stunden in der Woche nicht überschreiten.

Soweit der Dienst in Bereitschaft besteht, kann nach Absatz 2 die Arbeitszeit entsprechend den dienstlichen Bedürfnissen verlängert werden, wobei im wöchentlichen Zeitraum im Jahresdurchschnitt achtundvierzig Stunden einschließlich Mehrarbeitsstunden nicht überschritten werden dürfen.

Gemäß Absatz 3 regelt die Landesregierung durch Rechtsverordnung das Nähere zu den Absätzen 1 und 2 sowie zu § 61 Abs. 1, insbesondere für Regelungen über die Dauer, die Verlängerung und die Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit, und den Bereitschaftsdienst sowie die Mehrarbeit in Einzelfällen.

Nach § 61 Abs. 1 ist der Beamte verpflichtet, ohne Entschädigung über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus Dienst zu tun, wenn zwingende dienstliche Verhältnisse es erfordern. Wird er durch eine dienstlich angeordnete oder genehmigte Mehrarbeit mehr als fünf Stunden im Monat über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus beansprucht, so ist ihm innerhalb eines Jahres für die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Mehrarbeit entsprechende Dienstbefreiung zu gewähren. Ist die Dienstbefreiung aus zwingenden dienstlichen Gründen nicht möglich, so können nach Absatz 2 an ihrer Stelle Beamte in Besoldungsgruppen mit aufsteigenden Gehältern für einen Zeitraum von längstens 480 Stunden im Jahr eine Mehrarbeitsvergütung erhalten.

Nach § 117 finden die für die Beamten allgemein geltenden Vorschriften dieses Gesetzes auf die Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes des Landes und in den Feuerwehren der Gemeinden und Gemeindeverbände Anwendung, soweit nachstehend nichts anderes bestimmt ist.²

² alte Fassung bis 2009:

§ 78 LBG NRW – Regelmäßige Arbeitszeit

(1) Die regelmäßige Arbeitszeit darf im Jahresdurchschnitt einundvierzig Stunden in der Woche nicht überschreiten. Die durchschnittliche Wochenarbeitszeit vermindert sich für jeden gesetzlichen Feiertag, der auf einen Werktag fällt, um die Stunden, die an diesem Tag zu leisten wären.

(2) Soweit der Dienst in Bereitschaft besteht, kann die Arbeitszeit entsprechend den dienstlichen Bedürfnissen verlängert werden. Im wöchentlichen Zeitraum dürfen dreiundfünfzig Stunden nicht überschritten werden, es sei denn, dass die Bereitschaft in diesem Zeitraum mehr als dreißig Stunden beträgt.

(3) Das Nähere zu den Absätzen 1 und 2 sowie zu § 78a Abs. 1 regelt die Landesregierung durch Rechtsverordnung. Das gilt insbesondere für Regelungen über die Dauer, die Verlängerung und die Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit und dienstfreie Zeiten, ...

Nach § 197 Abs. 1 LBG NRW fanden auf die Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes des Landes und in den Feuerwehren der Gemeinden und Gemeindeverbände die für die Beamten allgemein geltenden Vorschriften dieses Gesetzes Anwendung, soweit nachstehend nichts anderes bestimmt ist.

Nach § 187 Abs. 3 i.V.m. § 197 Abs. 2 erließ das Innenministerium durch Rechtsverordnung besondere Bestimmungen über die Arbeitszeit die Dauer, die Verlängerung und die Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit und der Dienstschichten, unregelmäßige Arbeitszeiten, den Bereitschaftsdienst und die Rufbereitschaft.

3.3. Feuerwehrrechtliche Spezialregelungen

In Nordrhein - Westfalen besteht die Besonderheit, dass nicht nur die Umsetzung der Vorgängerrichtlinien und der Richtlinie 2003 mit erheblicher zeitlicher Verspätung erst zum 1.1.2007 erfolgte, sondern zunächst die Arbeitszeitverordnung geändert und sodann erst später eine vermeintliche gesetzliche Grundlage für die Vergütung der sogen. freiwilligen Mehrarbeit erfolgte. Daher werden der zeitlichen Abfolge der Verabschiedung entsprechend zunächst die Regelungen der Arbeitszeitverordnung Feuerwehr dargestellt und wird sodann nach Darlegung der Gesetzesregelung geprüft, ob diese rechtlichen Rahmenvorgaben mit dem Unionsrecht und dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar sind.

3.3.1. Regelungsgehalt der AZVO Feu Verordnung

Die Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes im Lande Nordrhein-Westfalen (Arbeitszeitverordnung Feuerwehr - AZVOFeu) vom 1. September 2006 ist auf Grund der §§ 78 Abs. 3, 197 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 187 Abs. 3 Landesbeamtengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Mai 1981 (GV. NRW. S. 234, ber. 1982 S. 256), diesbezüglich zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juni 2006, erlassen worden und am 1. Januar 2007 in Kraft getreten.³

³ Außer Kraft gesetzt wurde die alte Fassung von 1999: Auf Grund des § 197 Abs. 2 in Verbindung mit § 187 Abs. 3 des Landesbeamtengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Mai 1981 (GV. NW. S. 234), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. Februar 1998 (GV. NW. S. 134), wird verordnet:

Artikel I

Die Verordnung über die Arbeitszeit der Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes in den Feuerwehren der Gemeinden und Gemeindeverbände des Landes Nordrhein-Westfalen (AZVOFeu) vom 5. Dezember 1988 (GV. NW. S. 536) wird wie folgt geändert:

1. In § 1 erhalten die Absätze 1, 2 und 3 folgende Fassung:

"(1) Die regelmäßige Arbeitszeit der Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes, die in Schichten Dienst leisten, beträgt unter Berücksichtigung des Dienstes in Bereitschaft wöchentlich im Durchschnitt 54 Stunden. Davon sollen in der Regel nicht mehr als 23 Stunden wöchentlich auf den Arbeits- und Ausbildungsdienst entfallen. Dieser Anteil des Arbeits- und Ausbildungsdienstes an der wöchentlichen Arbeitszeit entspricht dem Unterschied zwischen der doppelten wöchentlichen Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen (AZVO) und der wöchentlichen Arbeitszeit nach Satz 1. Die Beamten sind verpflichtet, über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus Dienst zu leisten, wenn zwingende dienstliche Gründe dies erfordern.

Gem. § 1 gilt diese Verordnung für die Beamtinnen und Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes, die in Schichten unter Einschluss von Bereitschaftszeiten Dienst leisten, abweichend von § 1 Abs. 2 Nr. 4 der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten im Land Nordrhein-Westfalen (Arbeitszeitverordnung - AZVO) für alle anderen Beamtinnen und Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes.

Nach § 2 beträgt danach die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Schichtdienst wöchentlich einschließlich Mehrarbeitsstunden im Jahresdurchschnitt 48 Stunden, wobei der Anteil des Bereitschaftsdienstes 19 Stunden beträgt. Die Beamtinnen und Beamten sind verpflichtet, über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus Dienst zu leisten, wenn zwingende dienstliche Gründe dies erfordern.

Gem. § 5 kann unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes kann über den Rahmen des § 2 Abs. 1 hinaus Schichtdienst als durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit geleistet werden, wenn

- a) die oder der Betroffene sich hierzu bereit erklären,
- b) der Beamtin oder dem Beamten im Falle der Nichtbereitschaft zur Überschreitung der Regelarbeitszeit keine Nachteile entstehen,
- c) der Dienstherr aktuelle Listen über alle Beamtinnen und Beamten führt, die sich zu einer verlängerten Arbeitszeit bereit erklärt haben,

(2) Für gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag fallen, vermindert sich die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit nach Absatz 1 Satz 1 jeweils um ein Fünftel, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Beamte an dem Feiertag tatsächlich Dienst zu leisten hat.

(3) Die durchschnittliche Arbeitszeit ermäßigt sich um eine Dienstschicht als Ausgleich im Sinne des § 2 a der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen."

2. § 2 Abs. 2 erhält folgende Fassung:

"(2) Während der Arbeitszeit haben die Beamten, solange kein Einsatz stattfindet, Arbeits-, Ausbildungs- und Bereitschaftsdienst zu leisten. An Sonntagen kann Ausbildungs- und Fortbildungsdienst nach Maßgabe örtlicher Regelung geleistet werden, im übrigen ist Bereitschaftsdienst zu leisten."

Artikel II Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 1. Januar 1999 in Kraft.

d) die Listen den für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden, die eine Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit anlassbezogen unterbinden oder einschränken können, zur Verfügung gestellt werden,

e) der Dienstherr auf Ersuchen die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden über die Beamtinnen und Beamten unterrichtet, die eine Erklärung i.S.d. Buchstaben a) abgegeben haben.

Bei einer vereinbarten Wochenarbeitszeit von 54 Stunden soll in der Regel der Anteil des Arbeits- und Ausbildungsdienstes 23 Stunden und der Anteil des Bereitschaftsdienstes 31 Stunden betragen. Dieses Verhältnis gilt für davon abweichend vereinbarte Wochenarbeitsstunden entsprechend.

Nach Absatz 2 kann die Erklärung i.S.d. Absatzes 1 zum Ablauf des Kalenderjahres mit einer Frist von drei Monaten widerrufen werden. Die Beamtin oder der Beamte ist auf die Widerrufsmöglichkeit schriftlich hinzuweisen.

3.3.2. Opt-out Erklärung

Mit Datum vom 1.1.2007, also dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der VO, hat der Kläger des zu begutachtenden Verfahrens gegenüber der Berufsfeuerwehr Düsseldorf als Dienstherrn eine von diesem vorformulierte "Erklärung gegenüber dem Dienstherrn zur individuellen Arbeitszeit im feuerwehrtechnischen Dienst mit folgendem - soweit für die Begutachtung wesentlichen - Inhalt abgegeben:

"Die Neufassung der ...AZVO Feu ...begrenzt ab 01.01.2007 die Arbeitszeit unter Berücksichtigung des Bereitschaftsdienstes auf einen Jahresdurchschnitt von 48 Stunden wöchentlich. Erhöhte Arbeitszeiten können unter den Voraussetzungen des § 5 AZVO Feu freiwillig geleistet werden.

In Kenntnis und auf der Grundlage dieser neuen Rechtsvorschrift erkläre ich mich hiermit bereit, ab dem 01.01.2007 eine durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit im feuerwehrtechnischen Schichtdienst von wöchentlich 54 Stunden zu leisten.

Hierzu bin ich allerdings nur unter der Bedingung bereit, dass mir unter dem Vorbehalt der rechtlichen Regelung durch das Land NRW für die zu leistenden Zusatzstunden ab dem 01.01.2007 für jede tatsächlich geleistete 24-Stunden- Schicht eine Pauschale neben der Besoldung gezahlt wird.

Ich wurde darüber informiert, dass ich diese Erklärung zum Ablauf eines Kalenderjahres mit einer Frist von drei Monaten widerrufen

kann und dass dieser Widerspruch zur Rechtssicherheit schriftlich erfolgen sollte."

3.3.3. Gesetzliche Regelung der Schichtzulage

Das Gesetz über die Gewährung einer Zulage für freiwillige, erhöhte wöchentliche Regelarbeitszeit im feuerwehrtechnischen Dienst in Nordrhein-Westfalen wurde am 19. Juni 2007 verabschiedet und ist am 30. Juni 2007 in Kraft getreten. Es ist zwischenzeitlich durch Gesetz vom 21. Dezember 2010 (GV. NRW. S. 690), in Kraft getreten am 29. Dezember 2010; Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2013 (GV. NRW. S. 880), in Kraft getreten am 31. Dezember 2013; Gesetz vom 1. April 2014 (GV. NRW. S. 250), in Kraft getreten am 10. April 2014, geändert worden.

Es titulierte als Artikel II des Gesetzes über die Gewährung von Einmalzahlungen an Beamte und die Gewährung einer Zulage für freiwillige Mehrarbeit im feuerwehrtechnischen Dienst in Nordrhein-Westfalen (GV. NRW. S. 203)

Das Gesetz hat gegenwärtig folgenden Regelungsinhalt:

§ 1

(1) Den Beamtinnen und Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes im Schichtdienst, die sich gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe a) der Arbeitszeitverordnung Feuerwehr - AZVO Feu- vom 1. September 2006 (GV. NRW. S. 442) zu einer freiwilligen, erhöhten wöchentlichen Regelarbeitszeit bereit erklärt haben, kann bei Ableistung einer über § 2 Abs. 1 AZVO Feu hinausgehenden Arbeitszeit von im Monat durchschnittlich wöchentlich 6 Stunden eine besondere Zulage gewährt werden. Diese kann für jede Dienstschicht bis zu 30 Euro betragen. Bei einer geringeren durchschnittlichen Mehrleistung ist die Zulage entsprechend anteilig zu gewähren.

(2) Die Zulage ist kein Bezug im Sinne des § 6 des Sonderzahlungsgesetzes – NRW. Sie ist nicht ruhegehaltfähig.

IV. Vereinbarkeit AZVO Feu und der feuerwehrrechtlichen opt-out Regelungen mit Unionsrecht

Das Unionsrecht schreibt eine regelmäßige Arbeitswoche von maximal 48 Stunden inklusive Überstunden, Schicht- und Bereitschaftsdienst vor. Dieser Schutz vor

überlangen Arbeitszeiten gilt auch für die vorliegend zu beurteilende Arbeitszeit der Feuerwehrbeamten.

Seit dem im Jahre 2000 ergangenen SIMAP-Urteil des EuGH steht fest, dass Schicht- und Bereitschaftsdienstzeiten in vollem Umfang als Arbeitszeiten im Sinne des EU-Arbeitszeitrechts, d.h. nach der Arbeitszeitrichtlinie gelten

EuGH, Urteil vom 03.10.2000, Rs. C-303/98 - SIMAP.

Die Schutznormen dieser Richtlinie sind nach der Rechtsprechung des EuGH

Urteil des EuGH vom 14.07.2005 Rs. C-52/04 - Personalrat der Feuerwehr Hamburg)

auch auf Feuerwehrbeamte anzuwenden. Auch Tätigkeiten, die von Einsatzkräften einer staatlichen Feuerwehr ausgeübt werden, fallen in der Regel in den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinien, so dass die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden einschließlich der Bereitschaftsdienstzeiten auch für Feuerwehrbeamte gilt.

Hierbei bezieht sich die Grundsatzentscheidung des EuGH aus dem Jahre 2005 zwar auf die Richtlinien 93/104 und 89/391, doch sind diese identisch mit dem Regelungsgehalt der Richtlinie 2003. Danach fällt die Tätigkeit eines staatlichen Einsatzdienstes der Feuerwehr grundsätzlich in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, sofern sie unter gewöhnlichen Umständen ausgeübt wird, welches hinsichtlich der zu beurteilenden Rechtslage der Fall ist.

Aus diesen Gründen hat der Europäische Gerichtshof in der vorstehend genannten Entscheidung aus dem Jahre 2005 entschieden, dass die Tätigkeiten, die von den Einsatzkräften einer staatlichen Feuerwehr ausgeübt werden, grundsätzlich der Überschreitung der Obergrenze von 48 Stunden Wochenarbeitszeit entgegenstehen, die für die wöchentliche Höchstarbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst vorgesehen ist. Dieser Grundsatz gilt auch für Schichtarbeit.

Es ist daher zu prüfen, ob die AZVO Feu NRW i.V. mit dem Zulagengesetz und der opt-out - Erklärung den Umsetzungsvorgaben der Richtlinie 2003 entspricht.

4.1. Opt out ohne zeitliche Befristung/Bezugszeitraum

Nach Artikel 22 Abs. 1 RiL 2003 ist es einem Mitgliedstaat freigestellt, Artikel 6 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 Artikel 16 Buchstabe b) genannten Bezugszeitraums von vier Monaten mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums zu arbeiten, es sei denn der Arbeitnehmer hat sich hierzu bereit erklärt.

Diesbezüglich erfüllen die Regelungen der AZVO Feu NRW nicht die Umsetzungsanforderungen des Unionsrechts.

Die Regelung des § 5 AZVO nimmt zwar den Aspekt des "sich bereit Erklärens" und die Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer in den Normtext auf, enthält jedoch keinerlei zeitliche Begrenzung und Festlegung auf einen Bezugszeitraum für die freiwillig zu leistende Mehrarbeit.

Auch die von den betroffenen Feuerwehrbeamtinnen und -beamten unterschriebene opt-out - Erklärung enthält keinen Bezugszeitraum, sondern ist als Dauerregelung mit Widerrufsrecht mit einer Frist von drei Monaten zum Jahresende formuliert.

Die Voraussetzungen für eine Verlängerung des Bezugsrahmens nach Art. 18 Abs. 2 RiL durch Tarifvertrag oder Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern liegen offenkundig nicht vor, da die Vereinbarungen vom Dienstherrn explizit als Individualvereinbarung gestaltet und deklariert wurden.

Die weiteren Voraussetzungen, die eine Nichtanwendung des Bezugszeitrahmens von vier Monaten rechtfertigen könnten - Nichtmessbarkeit der Tätigkeit und/oder Selbstbestimmung der Arbeitszeit - sind angesichts detaillierter Dienstpläne offenkundig nicht gegeben.

Die Formulierung am Ende der opt-out Erklärung

"Ich wurde darüber informiert, dass ich diese Erklärung zum Ablauf eines Kalenderjahres mit einer Frist von drei Monaten widerrufen kann und dass dieser **Widerspruch** (Hervorhebung durch den Verf.) zur Rechtssicherheit schriftlich erfolgen sollte"

ist nicht als zeitliche Begrenzung zu verstehen und für die Betroffenen völlig unklar formuliert und kann in keinem Fall als Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgabe der Festlegung eines Bezugszeitraums angesehen werden.

Vielmehr stellt die Erklärung wörtlich auf den Jahresdurchschnitt ab ohne diesen zeitlich zu begrenzen. Zudem ist völlig unklar, was mit der Formulierung des letzten Halbsatzes gemeint ist, wo statt des Wortes "Widerruf" das Wort "Widerspruch" verwendet wird.

In seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2000 in der Rechtssache C-303/98 hat der Europäische Gerichtshof dargelegt, dass sich aus dem Wortlaut von Artikel 17 Absatz 4 der Richtlinie ergibt, dass der Bezugszeitraum auf keinen Fall zwölf Monate überschreiten darf. Somit lässt sich ein Mindestschutz bestimmen, der auf jeden Fall zu verwirklichen ist. Bei Fehlen nationaler Vorschriften zur Umsetzung von Artikel 16 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 oder gegebenenfalls zur ausdrücklichen Übernahme einer der in Artikel 17 Absätze 2, 3 und 4 der Richtlinie vorgesehenen Abweichungen hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass diese Bestimmungen dahin ausgelegt werden können, dass sie unmittelbare Wirkung haben, und daher dem Einzelnen einen Anspruch darauf geben, dass der Bezugszeitraum für die Festlegung ihrer wöchentlichen Höchstarbeitszeit zwölf Monate nicht überschreiten darf.

Diese Grundsätze sind uneingeschränkt auf die Richtlinie aus dem Jahre 2003 übertragbar.

Mit dem Fehlen eines Bezugszeitraums, der darauf zielt, Mehrarbeit, auch freiwillige, nicht zu einem Dauerzustand zu erheben, ist das Land Nordrhein-Westfalen seiner Umsetzungspflicht nicht nachgekommen, da für die Betroffenen weder anhand der Regelungen der AZVO noch der vom Dienstherrn vorgegebenen opt-out-Erklärung erkennbar eine zeitliche Begrenzung vorgesehen noch ersichtlich ist, dass es sich um eine zeitlich begrenzte Ausnahmeregelung handeln soll.

In jedem Fall liegt hierin hinsichtlich aller Mehrarbeit, die über 48 Stunden wöchentlich aufgrund einer opt-out-Erklärung geleistet wird, eine unionswiderrechtliche Mehrarbeit vor, da die AZVO Feu NRW nicht den Umsetzungsvorgaben entspricht und die entsprechende opt-out - Erklärung unwirksam ist.

Insofern führt das Verwaltungsgericht Potsdam unter Bezugnahme auf die gleichlautende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Cottbus zur insofern vergleichbaren Regelung in Brandenburg richtigerweise und auf die Regelung des § 5 AZVO NRW übertragbar aus:

"Allerdings bestehen Bedenken gegen eine europarechtskonforme Umsetzung, soweit der Verordnungsgeber in § 21 Abs. 2 BbgAZVPFJ geregelt hat, dass die regelmäßige Arbeitszeit der Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes, die in Schichten Dienst leisten, „wöchentlich ... im Jahresdurchschnitt 48 Stunden“ beträgt. Denn insoweit liegt eine unzulässige Regelung des Bezugszeitraumes vor.

Nach Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie ist es einem Mitgliedstaat freigestellt, Artikel 6 nicht anzuwenden, wenn er die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer einhält und mit den erforderlichen Maßnahmen u. a. dafür sorgt, dass (a) kein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangt, im Durchschnitt des in Artikel 16 Buchstabe b) genannten Bezugszeitraums mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums zu arbeiten, es sei denn der Arbeitnehmer hat sich hierzu bereit erklärt. Der insoweit in Bezug genommene Art. 16 regelt zunächst, dass die Mitgliedstaaten für die Anwendung der folgenden Artikel (also der Regelungen über Abweichungen Ausnahmen in Kapitel 5, d. h. Art. 17 ff. der Richtlinie) einen Bezugszeitraum vorsehen können, und zwar unter Buchst. b) für Artikel 6 (wöchentliche Höchstarbeitszeit) einen Bezugszeitraum bis zu vier Monaten. Nach Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie kann hiervon unter bestimmten weiteren Voraussetzungen im Wege von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder im Wege von Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern nach den Absätzen 3, 4 und 5 abgewichen werden. Art 17. Abs. 3 Buchst. c) erlaubt eine Abweichung von den Bezugszeiträumen gem. Art. 16. bei Tätigkeiten, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes oder der Produktion gewährleistet sein muss, und zwar insbesondere bei iii) Presse-, Rundfunk-, Fernsehdiensten oder kinematografischer Produktion, Post oder Telekommunikation, Ambulanz-, Feuerwehr- oder Katastrophenschutzdiensten. Gemäß Artikel 19 darf die Abweichung von Bezugszeiträumen nach Artikel 17 Abs. 3 von Artikel 16 Buchst. b) jedoch nicht die Festlegung eines Bezugszeitraums zur Folge haben, der länger ist als sechs Monate. Allein in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen Sozialpartnern – was hier nicht vorliegt – dürfen unter weiteren Voraussetzungen aus objektiven, technischen oder arbeitsorganisatorischen Gründen längere Bezugszeiträume, längstens zwölf Monate, festgelegt werden. Danach dürfte hier eine Verlängerung des Bezugszeitraumes nach Art. 16 Buchst. b) für die

Abweichung von Art 6 Buchst. b) auch für Feuerwehrleute – unabhängig vom Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – im Umfang von maximal sechs Monaten in Betracht kommen. ...

VG Potsdam · Urteil vom 11. September 2013 · Az. 2 K 1956/12; im Ergebnis ebenso VG Cottbus · Urteil vom 28. Februar 2013 · Az. VG 5 K 914/11.

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat diese Rechtsansicht jüngst bestätigt:

"Nach Art. 22 Abs. 1 Buchst. a Arbeitszeitrichtlinie setzt die Nichtanwendung des Art. 6 .. voraus, dass der Mitgliedstaat dafür sorgt, dass kein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangt, im Durchschnitt des in Art. 16 Buchst. b genannten Bezugszeitraumes mehr als 48 Stunden wöchentlich zu arbeiten, es sei denn der Arbeitnehmer hat sich hierzu bereit erklärt. Mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf den zulässigen Bezugszeitraum setzt die Vorschrift unmissverständlich die Einhaltung der Vorgaben des Art. 16 Buchst. b Arbeitszeitrichtlinie bei der Bestimmung des Bezugszeitraums voraus. Diese sind mithin auch im Fall der von Art. 6 der Richtlinie abweichenden freiwilligen Mehrarbeit über 48 Wochenstunden im Durchschnitt hinaus verbindlich einzuhalten. Ist dies bereits für den Regelfall der durchschnittlich 48 Wochenstunden nicht durch den Mitgliedstaat gewährleistet, kommt eine Freistellung nach Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie nicht in Betracht. Eine freiwillige Mehrarbeit bei Überschreitung der höchstzulässigen Bezugszeiträume ist nicht vorgesehen.

Für dieses Verständnis der Vorschrift spricht bereits ihr Wortlaut. Die danach mögliche Mehrarbeit aufgrund freiwilliger Erklärung des Arbeitnehmers bezieht sich nach der Satzstellung auf das Übersteigen des Kriteriums der 48 Wochenstunden innerhalb eines bestimmten, nämlich des in Art. 16 Buchst. b der Richtlinie genannten Bezugszeitraums. Schon von daher liegt die Annahme fern, im Falle freiwilliger Mehrarbeit sei Art. 6 Arbeitszeitrichtlinie nicht anwendbar und sei daher eine Bestimmung des Bezugszeitraums für die Anwendung des Art. 6 nach Art. 16 Buchst. b Arbeitszeitrichtlinie irrelevant. Erst unter Einhaltung der Voraussetzung des Art. 22 Abs. 1 Buchst. a Arbeitszeitrichtlinie tritt die Rechtsfolge ein, wonach die Mitgliedstaaten Art. 6 nicht anwenden können.

Diese am Wortlaut orientierte Auslegung der Vorschrift bestätigt sich nach ihrer Systematik. So wäre die Erwähnung des Bezugszeitraums überflüssig, wenn ihr für die vorgesehene freiwillige Mehrarbeit keine Bedeutung zukäme. Dass ihr Bedeutung zukommt, verdeutlicht zudem Art. 22 Abs. 1 Buchst. e Arbeitszeitrichtlinie. Danach hat ein Mitgliedstaat als weitere Voraussetzung der Freistellung von Art. 6 der Richtlinie durch die erforderlichen Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass der Arbeitgeber die zuständigen Behörden auf Ersuchen darüber unterrichtet, welche Arbeitnehmer sich dazu bereit erklärt haben, im Durchschnitt des in Artikel 16 Buchst. b genannten Bezugszeitraums mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums zu arbeiten. Damit ist klargestellt, dass die durch Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichte Mehrarbeit über durchschnittlich 48 Wochenstunden hinaus immer auf den in Art. 16 Buchst. b genannten Bezugszeitraum zu beziehen ist.

Schließlich steht dieses Verständnis der Vorschrift auch mit einer am Zweck der Richtlinie orientierten Auslegung in Einklang. Die Vorgabe der durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit in Art. 6 Buchst. b Arbeitszeitrichtlinie ist eine Mindestschutzvorschrift, die den Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bezweckt. Die Regelung einer durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit erklärt sich dabei nur durch einen hinzutretenden Bezugszeitraum für die Ermittlung eines Durchschnitts. Ohne Festlegung eines Bezugszeitraumes ist die vorgegebene durchschnittliche Höchstarbeitszeit über jeden denkbaren Siebentageszeitraum, mithin - zum Schutz der Arbeitnehmer - ohne jede Abweichung nach oben einzuhalten. Vor diesem Hintergrund gestattet Art. 16 Buchst. b Arbeitszeitrichtlinie den Mitgliedstaaten, für Art. 6 einen Bezugszeitraum von bis zu vier Monaten vorzusehen. Damit handelt es sich um eine den Arbeitgebern günstige Abweichung vom Mindestschutz, weil innerhalb des Bezugszeitraums entsprechend einzelne höhere Wochenarbeitszeiten zulässig werden. Nach den Artikeln 17 bis 19 der Arbeitszeitrichtlinie können außerdem zugunsten der Mitgliedstaaten bzw. der Arbeitgeber von Art. 16 Buchst. b abweichend Bezugszeiträume von höchstens sechs Monaten bzw. ausnahmsweise auch zwölf Monaten festgelegt werden. Ein Bezugszeitraum von bis zu zwölf Monaten setzt jedoch nach Art. 19 Abs. 2 der Richtlinie voraus, dass die Festlegung neben weiteren Voraussetzungen durch Tarifvertrag oder eine Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern erfolgt. Mit diesem abgestuften und in der letzten Stufe an eine Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen geknüpften

System wäre ein Verständnis des Art. 22 Abs. 1 Buchst. a Arbeitszeitrichtlinie nicht vereinbar, wonach der Arbeitgeber - wengleich unter der nicht näher bestimmten Einhaltung der Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer - allein durch die freiwillige Erklärung eines Arbeitnehmers hinsichtlich der erwünschten Mehrarbeit auch die Loslösung von den Vorgaben für die Festlegung der Bezugszeiträume nach den Art. 16 ff. Arbeitszeitrichtlinie erreichen könnte....

Die einschlägigen Vorschriften in § 4 Abs. 1 Satz 1 AZV Feu bzw. § 21 Abs. 1 Satz 1 BbgAZVPFJ a.F. - letztere abweichend von § 3 Abs. 1 Satz 2 BgbAZVPFJ a.F. - regeln einen Bezugszeitraum von einem Jahr, der von den dargelegten Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie unzulässig abweicht.

Das gilt nicht nur mit Blick auf den in Art. 16 Buchst. b Arbeitszeitrichtlinie genannten Bezugszeitraum von bis zu vier Monaten. Selbst wenn unterstellt wird, dass ein mit den Vorgaben der Art. 17 bis 19 Arbeitszeitrichtlinie konformer Bezugszeitraum für eine Umsetzung der Öffnungsklausel hinreichend wäre, fehlt es an einem solchen. Zwar ist bei Feuerwehrdiensten nach Art. 17 Abs. 3 Buchst. c iii) Arbeitszeitrichtlinie die Festlegung eines von Art. 16 Buchst. b abweichenden Bezugszeitraums zulässig. Bei einer einseitigen Festlegung durch den Mitgliedstaat, wie sie in den genannten einschlägigen Regelungen der Arbeitszeitverordnungen für Feuerwehrbeamte erfolgt sind, darf indes der Bezugszeitraum nach Art. 19 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie nicht länger sein als sechs Monate. Soweit es den Mitgliedstaaten hiervon wiederum abweichend nach Art. 19 Abs. 2 freigestellt wird, unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer zuzulassen, dass in den Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen Sozialpartnern aus objektiven, technischen oder arbeitsorganisatorischen Gründen längere Bezugszeiträume von bis zu zwölf Monaten festgelegt werden, ist hiervon (jedenfalls) für die Feuerwehrbeamten im Land Brandenburg kein Gebrauch gemacht worden."

OVG Berlin Brandenburg, Urteile vom 18. Juni 2015 - OVG 6 B 19.15, OVG 6 B 26-29.15, OVG 6 B 31.15 und OVG 6 B 32.15 .

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat damit die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte Cottbus und Potsdam bestätigt und ausgeführt, dass für den Zeitraum von 2007 bis 2013 den im 24-Stunden-Schichtdienst eingesetzten Feuerwehrbeamten, die auf ihren Antrag im Jahresdurchschnitt regelmäßig 56

Wochenstunden gearbeitet haben, auf der Grundlage der für die Feuerwehren im Land Brandenburg tätigen Beamten wegen Verstoßes gegen die in der europäischen Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG) in Artikel 6 Buchst. b bestimmte Höchstarbeitszeitgrenze von – im Durchschnitt – 48 Wochenstunden ein unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zusteht.

OVG Berlin Brandenburg, Urteile vom 18. Juni 2015 - OVG 6 B 19.15, OVG 6 B 26-29.15, OVG 6 B 31.15 und OVG 6 B 32.15 -

Diesbezüglich führt das Gericht aus:

"Die von dem Kläger im streitbefangenen Zeitraum geleistete Zuvielarbeit ist unabhängig davon, dass der Kläger sich mit seinem entsprechenden Antrag hierzu bereit erklärt hat, rechtswidrig erfolgt. Denn Voraussetzung für eine unter dem Regime der Arbeitszeitrichtlinie rechtmäßige, durchschnittlich 48 Wochenstunden übersteigende Mehrarbeit wäre eine hinreichende Umsetzung der Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie. Hieran fehlte es im streitbefangenen Zeitraum im Land Brandenburg bezüglich der Arbeitszeitregelungen für Feuerwehrbeamte.... Denn für die in Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie vorgesehene Nichtanwendung von Art. 6 der Richtlinie fehlt es jedenfalls an der Voraussetzung gemäß Art. 22 Abs. 1 Buchst. a Arbeitszeitrichtlinie, dass die nationalen Arbeitszeitregelungen für die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit bzw. das Überschreiten derselben einen mit der Arbeitszeitrichtlinie konformen Bezugszeitraum vorsehen.

Diese Grundsätze sind auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen vollumfänglich übertragbar.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Land Nordrhein-Westfalen hinreichend Zeit hatte, genügend Stellen zu schaffen, um richtlinienkonforme Arbeitsverhältnisse zu gewährleisten, was selbst dem hoch verschuldeten Bremen gelungen ist:

„Obwohl wir aufgrund der schwierigen Haushaltslage leider nur begrenzte Möglichkeiten für Neueinstellungen von

Feuerwehrmännern und -frauen haben, werden wir die EG-Arbeitszeitrichtlinie im Bereich der Bremer Feuerwehr so umsetzen, dass wir unsere Schutzstandards halten können“. Mit diesen Worten begrüßte Bürgermeister Thomas Röwekamp, Senator für Inneres und Sport, die gestrige (04.10.2006) Entscheidung des Senats zur Einführung der 48-Stunden-Woche bei der Bremer Feuerwehr zum 1. Januar 2007. Innensenator und Finanzsenator hatten sich in diesem Zusammenhang gleichzeitig einvernehmlich darauf verständigt, dass zum 1. Februar 2007 20 und zum 1. Mai 2007 weitere 12 Feuerwehranwärter eingestellt werden sollen.

Um den Personalmehrbedarf zu kompensieren, der durch die Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit von bisher 56 auf zukünftig 48 Stunden entsteht, hat der Senat neben Umstrukturierungen im Wachdienst, im Rettungsdienst und im Tagesdienst eine Erhöhung der Personalzielzahl der Feuerwehr Bremen von 467 auf 505 Vollzeitstellen (jeweils bezogen auf den 31.12.2007) beschlossen. “

<http://senatspressestelle.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen146.c.14440.de&asl=bremen146.c.25714.de>

Das Land Nordrhein-Westfalen ist seiner Umsetzungspflicht hinsichtlich der Richtlinie 2003 nicht nachgekommen. Statt durch Neueinstellungen die Voraussetzungen zur Einhaltung der Schutzvorschriften zur wöchentlichen Arbeitszeit zu gewährleisten, hat das Land diese systematisch durch eine zeitlich über Jahre ohne Bezugszeitraum verlängerte Arbeitszeit umgangen.

Insofern kommt es weder darauf an, ob es sich um eine Individualvereinbarung oder eine nach dem AGB zu beurteilende Regelung handelt, noch ob die jeweilige Beamten diese Vereinbarung freiwillig unterzeichnet haben, zumal diese nur unter dem Vorbehalt einer zu implementierenden gesetzlichen Regelung, die wiederum mit Unionsrecht in Einklang stehen muss, zugestimmt haben.

Hinsichtlich der Frage einer unmittelbaren Anwendbarkeit trotz vermeintlicher Umsetzung der Richtlinie durch das Land führt das OVG Berlin-Brandenburg weiter aus:

"Fehlt es an einer der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie für die Nichtanwendung des Art. 6 der Richtlinie, kommt es nicht darauf an, ob die fehlerhafte Umsetzung des Art. 22 Abs.

1 der Richtlinie für sich genommen, d. h. gemessen an Art. 22 Abs. 1, einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht darstellt. Der unionsrechtliche Schadensersatzanspruch des Klägers gründet sich maßgeblich auf den hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b Arbeitszeitrichtlinie, dem unmittelbare Wirkung zukommt. Die Nichtanwendbarkeit dieser Regelung hängt von der Einhaltung aller in Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie genannten Bedingungen ab. Diese Eingrenzung der Nichtanwendbarkeit ist zugleich Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung, die Art. 6 Buchst. b der Richtlinie entfaltet (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2010 - C-243/09, Fuß-I -, juris Ls. Nr. 2 und Rn. 58). Jeder Verstoß gegen die Voraussetzungen der Öffnungsklausel in Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie bei dem Versuch ihrer Umsetzung steht somit einer Nichtanwendbarkeit von Art. 6 der Richtlinie entgegen.

Unabhängig davon ist ein hinreichend qualifizierter Verstoß bei der Umsetzung des Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie, sollte es auf einen solchen ankommen, gegeben. Voraussetzung ist, dass der Mitgliedstaat die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat. Dabei ist das Maß an Klarheit und Genauigkeit der Vorschrift sowie der Umfang des eingeräumten Ermessensspielraums zu berücksichtigen (vgl. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2010, a.a.O., Rn. 51 m.w.N.).

Daran gemessen hat das Land Brandenburg bei der Umsetzung der Öffnungsklausel durch die Regelungen in § 4 Abs. 1 AZV Feu bzw. § 21 Abs. 1 BbgAZVPFJ a.F. die Grenzen des ihm gesetzten Ermessens bezüglich der in Art. 22 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie enthaltenen Vorgabe, dass hinsichtlich der freiwilligen Mehrarbeit an den in Art. 16 Buchst. b der Richtlinie genannten Bezugszeitraum anzuknüpfen ist, offenkundig und erheblich überschritten. Hinsichtlich der Festlegung eines Bezugszeitraums für die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit für Feuerwehrbeamte im Schichtdienst von einem Jahr, statt der in Art. 16 Buchst. b der Richtlinie vorgesehenen bis zu vier Monate, leuchtet dies ohne weiteres ein, hat die Regelung eines Bezugszeitraums insofern doch erhebliche Bedeutung und Auswirkungen für die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeiten (s. o. unter aa). Nichts anderes gilt, soweit - was offen bleiben kann - alternativ auf die Maßgaben der Artikel 17 bis 19 Arbeitszeitrichtlinie abzustellen sein sollte. Wie oben unter bb) aufgezeigt sehen die genannten landesrechtlichen Arbeitszeitregelungen auch insoweit einen

Bezugszeitraum vor, der doppelt so lang ist wie die - für einseitige Festlegungen - geltende Höchstgrenze von sechs Monaten nach Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie. Der Umstand, dass Art. 19 Abs. 2 der Richtlinie ausnahmsweise einen Jahreszeitraum vorsieht, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn auch insofern hat der Verordnungsgeber seinen Ermessensspielraum offenkundig und erheblich überschritten. Das folgt daraus, dass die weitere Abweichung nach Art. 19 Abs. 2 der Richtlinie letztlich eine Vereinbarung der Tarif- oder Sozialpartner voraussetzt und sich insofern von einer einseitigen Festlegung durch den Mitgliedstaat qualitativ erheblich unterscheidet."

OVG Berlin Brandenburg, Urteile vom 18. Juni 2015 - OVG 6 B 19.15, OVG 6 B 26-29.15, OVG 6 B 31.15 und OVG 6 B 32.15 -

Wie dargelegt, sind diese Grundsätze auch auf die Regelung in § 5 AZVO Feu NRW übertragbar.

Zwischenergebnis: Die Regelung in § 5 AZVO Feu NRW entspricht mangels Festlegung eines Bezugszeitraums nicht den Umsetzungsvorgaben des Unionsrechts der Art. 6,16 ff., 22 RiL 2003, so dass es an einer wirksamen Öffnungsklausel fehlt und die darauf aufbauende opt - out - Erklärung unwirksam ist.

4.2. Verstoß gegen die Nachteils Klausel

Ferner ist zu prüfen, ob die in Art. 22 RiL normierte Nachteils Klausel unionsgerecht umgesetzt wurde.

Das Verwaltungsgericht Cottbus bejaht einen über die gesetzliche Pauschale hinausgehenden Anspruch auf Ausgleich von geleisteter Mehrarbeit ungeachtet der Optout Erklärung und begründet dies vor allem mit einem Verstoß gegen die Benachteiligungsklausel:

"Es ist – die Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie zunächst hinweggedacht – in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b) Arbeitszeitrichtlinie vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer über die dort festgelegte

wöchentliche Höchstleistungszeitgrenze von 48 Stunden hinaus arbeitet (Urteil vom 26. Juli 2012). Das ist im Fall des Klägers gegeben. Dieser hat im hier streitbefangenen Zeitraum wöchentlich durchschnittlich 56 Stunden gearbeitet, von denen ihm lediglich 2 bzw. 4 Stunden abgegolten wurden.

An einem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b) Arbeitszeitrichtlinie fehlt es auch nicht deshalb, weil der Mitgliedstaat etwa wirksam von der Öffnungsklausel in Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie Gebrauch gemacht hat, die es erlaubt, Art. 6 der Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen nicht anzuwenden.

Vielmehr hat der Mitgliedsstaat, hier in Gestalt des Landes Brandenburg als der Körperschaft, die kompetenzrechtlich im Land Brandenburg für die Festlegung der Arbeitszeit der Beamten u.a. auch der Kommunen zuständig ist, die Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie in einer einen qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht begründenden Weise (durch Unterlassen der Bezugnahme auf die bzw. Nichterwähnung der Nachteils Klausel in der AZVO, der Verf.) nicht oder fehlsam umgesetzt. Auf die Öffnungsklausel kann sich die Beklagte daher vorliegend nicht berufen.

Zwar enthält die AZVO Feu NRW im Gegensatz zu der Regelung in der AZVO Brandenburg⁴ einen allgemeinen Hinweis auf ein Benachteiligungsgebot. Dieser allein genügt jedoch der Umsetzungspflicht nicht.

Das Land Nordrhein-Westfalen übernimmt in der AZVO Feu lediglich den Normtext der Richtlinie, indem sie diese wörtlich und auch insoweit aufnimmt,

⁴ § 21 AZVO Brandenburg in der maßgeblichen Fassung von 2009 lautete:

4) Unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes kann auf Antrag der Beamten über den Rahmen des Absatzes 1 hinaus Schichtdienst bis zu 56 Stunden als durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit bewilligt werden. Diese Bewilligung kann aus dienstlichen Gründen zum Ablauf eines Kalenderjahres mit einer Frist von drei Monaten widerrufen werden. Die Beamten sind auf die Widerrufsmöglichkeit schriftlich hinzuweisen. Die Beamten können ihren Antrag zum Ablauf eines Kalenderjahres mit einer Frist von drei Monaten widerrufen.

(5) Der Dienstvorgesetzte hat in den Fällen des Absatzes 4 aktuelle Listen über diese Beamten zu führen und die Listen den für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden, die eine Überschreitung der wöchentlichen Höchstleistungszeit anlassbezogen unterbinden oder einschränken können, zur Verfügung zu stellen sowie auf Ersuchen, die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden über diese Beamten zu unterrichten.

dass der Beamtin oder dem Beamten im Falle der Nichtbereitschaft zur Überschreitung der Regelarbeitszeit keine Nachteile entstehen dürfen.

Gegenstand der Umsetzungspflicht ist jedoch nicht lediglich die wörtliche Übernahme der Zielvorgaben des Richtlinien textes, sondern die konkrete Ausgestaltung dessen, wie eine Benachteiligung vermieden werden soll. Dies erfordert z.B., dass das Land vor dem Hintergrund, dass seine europarechtswidrige Einstellungspraxis für den Fall, dass sich keine Feuerwehrbeamten bereit erklären, über 48 Stunden hinaus Dienst zu tun, und es selbst für diesen Fall erhebliche Nachteile für die Feuerwehrbeamten prognostiziert hat, die normative Zusicherung und Regelung, dass im Hinblick auf notwendige organisationsrechtliche Maßnahmen, die sich bei einer personell umfassenden Weigerung der Feuerwehrbeamten zur Mehrarbeit zweifelsfrei ergeben, den Betroffenen keine Nachteile entstehen.

Diesbezüglich genügt schon die normative Regelung nicht der Umsetzungspflicht, als z.B. festgelegt werden müsste, dass die Nichtbereitschaft zur Mehrarbeit keinen Grund für eine Umsetzung oder andere, für den Einzelnen nachteilige organisationsrechtliche Maßnahmen darstellt.

Insofern ist der Ansicht des OVG Nordrhein-Westfalen,

OVG Nordrhein-Westfalen; Beschluss 06.03.2015, 6A 2272/13; s.a. VG Münster, 29. August 2013, Az: 4 K 2800/11

das unter Verweis auf den BayVGH, Beschluss vom 17. Oktober 2014 - 3 CE 14.724 -, juris, Rn.32 davon ausgeht, dass es nicht ersichtlich sei, dass dem Kläger entgegen den Vorgaben des Art. 22 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b) RL 2003/88/EG bzw. § 5 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b) AZVOFeu Nachteile entstanden wären, wenn er sich nicht zu einer derartigen Opt- Out-Vereinbarung bereit erklärt hätte, nicht zuzustimmen.

Dies gilt vor allem dahingehend, dass es das Gericht für unerheblich hält, wenn der Kläger in dem betreffenden Verfahren dargelegt hat, die beklagte Kommune habe den Beamten in Aussicht gestellt, dass bei Nichtunterzeichnung der Vereinbarung eine Abschaffung der 24-Stunden-Dienste und ein mit finanziellen Einbußen verbundener Einsatz im Tagdienst vorgesehen sei

Das OVG Münster verkennt insofern, dass das Land bzw. die Kommune durch eine europarechtswidrige Einstellungs- und Arbeitszeitpraxis für solche Maßnahmen selbst verantwortlich sind und diese zu verantworten haben und es nicht um das

normale, selbstverständliche Recht zur Planung des Personaleinsatzes des Dienstherrn geht, wie das Gericht annimmt, wenn es solche Aussagen des Dienstherrn als mit dem Nachteilsverbot des Unionsrechts vereinbar sanktioniert.

Daher obliegt es dem Verwaltungsgericht im Rahmen der hier zu beurteilenden Verfahren aufzuklären, ob den Betroffenen individuell oder kollektiv unmittelbar oder mittelbar Nachteile für den Fall skizziert oder gar angedroht wurden, wenn sich keine Beamten bereit erklären, über 48 Stunden hinaus Dienst zu tun.

Zwischenergebnis: Die Regelungen der AZVO Feu NRW verstoßen gegen das unionsrechtliche Nachteilsverbot.

V. Transparenzgebot, Gebot der Normenklarheit und Bestimmtheitsgrundsatz

Es ist zu ferner zu prüfen, ob die gewählte Form der Umsetzung – s. zur historischen Abfolge vorstehend – mit dem Transparenzgebot, dem Gebot der Normenklarheit und dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar sind.

Das Transparenzgebot erfordert, dass für die Betroffenen – hier die Feuerwehrbeamten – klar und deutlich die Ziel- und Zwecksetzung der unionsrechtlichen Vorgaben und die ihnen zustehenden Rechte erkennbar sind.

Das europarechtliche Transparenzgebot wird hinsichtlich der gebotenen nationalstaatlichen Umsetzung durch das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit ergänzt.

Vorliegend ist daher auch zu prüfen, ob die verschiedenen formell- und materiellrechtlichen Regelungen dem Grundsatz der Normenklarheit genügen.

Das Bundesverfassungsgericht formuliert das Gebot folgendermaßen:

„Das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit [...] soll die Betroffenen befähigen, die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können. Die Bestimmtheitsanforderungen dienen auch dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen sowie, soweit sie zum Schutz anderer tätig wird, den Schutzauftrag näher zu konkretisieren. Zu den Anforderungen gehört es, dass hinreichend klare Maßstäbe für Abwägungsentscheidungen bereitgestellt werden. Je ungenauer die Anforderungen an die dafür maßgebende tatsächliche Ausgangslage gesetzlich umschrieben sind,

umso größer ist das Risiko unangemessener Zuordnung von rechtlich erheblichen Belangen. Die Bestimmtheit der Norm soll auch vor Missbrauch schützen... Dieser Aspekt ist besonders wichtig, soweit Bürger an einer sie betreffenden Maßnahme nicht beteiligt sind oder von ihr nicht einmal Kenntnis haben, so dass sie ihre Interessen nicht selbst verfolgen können. Schließlich dienen die Normenbestimmtheit und die Normenklarheit dazu, die Gerichte in die Lage zu versetzen, getroffene Maßnahmen anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren. Diesen Anforderungen wird eine Norm nicht gerecht, ... wenn der Prüfmaßstab so ungenau umschrieben ist, dass er keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Erfüllung der Schutzaufgabe bietet.“

BVerfG vom 26. Juli 2005 - 1 BvR 782/94, 957/96

Für die Beurteilung, ob das unionsrechtliche Transparenzgebot und das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit eingehalten wurden, kommt es vorliegend nicht isoliert auf den einzelnen Rechtssetzungsakt, sondern das Zusammenwirken von Verordnung, Opt-out Erklärung und Gesetz an.

Vorliegend sind das Transparenzgebot und das Gebot der Normenklarheit schon durch die Vorgabe einer opt-out - Erklärung mit einer dynamischen Verweisungsklausel auf eine nachgeschobene gesetzliche Regelung der Vergütung verletzt, zumal die Betroffenen ihre Bereitschaft nur unter dem Vorbehalt einer entsprechenden Besoldungsregelung gegeben haben. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Die Grundsätze des Transparenzgebots und der Normenklarheit werden ergänzt bzw. konkretisiert durch das Bestimmtheitsgebot.

Hierbei hängt der Grad der zu fordernden Bestimmtheit maßgeblich von der Bedeutung der normativen Regelung ab, zu denen die Exekutive ermächtigt wird, d.h. je grundrechtsrelevanter die Materie ist, desto größer muss die Bestimmtheit von Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung sein. Hierbei ist unbestritten, dass die Frage des finanziellen Ausgleichs einen unmittelbaren grundrechtlichen Bezug hat, wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob diese Frage das Alimentationsprinzip als grundrechtsgleiches Recht, welches sich aus den hergebrachten Grundsätzen des Art. 33 Abs. 5 GG herleitet, tangiert, oder der Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG oder der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG betroffen ist.

Die Frage des finanziellen Ausgleichs von Mehrarbeit ist in jedem Fall grundrechtsrelevant und muss unter Achtung des Bestimmtheitsgebots und des Prinzips der Normenklarheit vom Gesetzgeber geregelt werden.

Das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit soll die Betroffenen befähigen, die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können, d.h. vorliegend, der Beamte, der sich zu einer an sich europarechtswidrigen Mehrarbeit verpflichtet, muss genau wissen, in welcher Weise diese Mehrarbeit finanziell ausgeglichen wird.

Die Bestimmtheitsanforderungen dienen auch dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen. Zu den Anforderungen gehört es, dass hinreichend klare Maßstäbe für Abwägungsentscheidungen bereitgestellt werden. Je ungenauer die Anforderungen an die dafür maßgebende tatsächliche Ausgangslage gesetzlich umschrieben sind, umso größer ist das Risiko unangemessener Zuordnung von rechtlich erheblichen Belangen. Die Bestimmtheit der Norm soll auch vor Missbrauch durch den Staat selbst schützen. Dieser Aspekt ist besonders wichtig, soweit Bürger an einer sie betreffenden Maßnahme nicht beteiligt sind oder von ihr nicht einmal Kenntnis haben, so dass sie ihre Interessen nicht selbst verfolgen können. Schließlich dienen die Normenbestimmtheit und die Normenklarheit dazu, die Gerichte in die Lage zu versetzen, getroffene Maßnahmen anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren.

Eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes ergibt sich schon aus dem der Verwaltung eingeräumten weiten Ermessen hinsichtlich der Gewährung der Zulage, da nach der gesetzlichen Formulierung die Zulage gewährt werden "kann", es "können" "bis zu 20/30 Euro" gezahlt werden, der Beamte weiß also nicht vorab, ob er ehrenamtlich, für € 10 oder € 30 die Schicht arbeitet.

Rechtsklarheit, Transparenzgebot und Bestimmtheitsgebot setzen im Hinblick auf die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie voraus, dass zunächst gesetzlich wie in § 61 LBG NRW für die Betroffenen klar erkennbar geregelt wird, in welchem Umfang Mehrarbeit verlangt oder geleistet werden darf und wie diese vergütet wird und sodann in der Rechtsverordnung die Einzelheiten hierzu geregelt werden. Sobald diese Regelungsebenen normativ verankert sind, kann der Betroffenen eine wirksame opt – out - Erklärung abgeben.

Besonders problematisch ist vorliegend das rechtstechnisch genutzte Instrument der dynamischen Verweisung durch das Land Nordrhein-Westfalen und den Dienstherrn.

Die Prinzipien des Transparenzgebots, der Normenklarheit und des Bestimmtheitsgrundsatzes sind vorliegend deshalb verletzt, weil sich die Betroffenen zu einer Mehrarbeit verpflichtet haben, für deren finanziellen Ausgleich, der *conditio sine qua non* für die Freiwilligkeit ihrer Erklärung war, die gesetzliche Grundlage zum Zeitpunkt der Verpflichtung fehlte und sich der

Dienstherr zur Umgehung in unzulässiger Weise des Instruments der sogen. dynamischen Verweisung in Form einer vorformulierten Erklärung bedient hat, die für die Betroffenen völlig intransparent, unvorhersehbar und unklar formuliert ist. Hierbei wird zudem im Ergebnis der Verwaltung die freie Entscheidung über die Gewährung und Bemessung der Höhe der Schichtzulagenpauschale zugewiesen.

Problematisch ist insofern aus verfassungsrechtlicher Sicht, dass faktisch auf eine noch überhaupt nicht bestehende Regelung in der jeweils geltenden Fassung verwiesen wird.

Zwar sind nach der Rechtsprechung auch dynamische Verweisungen nicht schlechthin ausgeschlossen. Das Verwaltungsgericht Augsburg führt zum Prinzip der dynamischen Verweisung richtigerweise aus:

"Die Zulässigkeit einer dynamischen Verweisung setzt nach rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen voraus, dass sie dem Zweck der verweisenden Norm nicht zuwider läuft, die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt wird und sich der verweisende Normgeber seiner Kompetenz und Verantwortung hinsichtlich wesentlicher Norminhalte nicht entäußert."

VG Augsburg · Urteil vom 6. April 2011 · Az. Au 6 K 10.1821

Bei fehlender Identität der Gesetzgeber in der hier vorliegenden Form - d.h. vorab Verpflichtungserklärung zur Mehrarbeit auf der Basis der von der Exekutive erlassenen Verordnung einerseits und nachfolgende Regelung der Vergütung durch den Gesetzgeber andererseits - impliziert eine dynamische Verweisung einen umfassenden Verlust von Rechtssicherheit für die Betroffenen und ist daher mit dem Rechtsstaatsprinzip und demokratischen Gesichtspunkten nicht vereinbar.

Eine Verweisung ist nur zulässig, wenn sie die genaue Verweisungsnorm erkennbar zum Ausdruck bringt, das sie das Verweisungsobjekt zum Inhalt der Vereinbarung macht, das sie hinreichend bestimmt ist und amtlich verkündet ist

Vgl. Ulrich Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Köln 1970, S. 232

Hieran mangelt es vorliegend in evidentener Weise, als auf eine noch nicht einmal verabschiedete gesetzliche Regelung verwiesen wird, gleichzeitig aber eine - wenn

auch freiwillig, aber unter Vorbehalt erklärte - Pflicht zur Mehrarbeit begründet wird.

Es reichen also auch nicht vage Informationen in der Presse über eine mögliche Höhe der Schichtzulage, wie die Landeshauptstadt Düsseldorf schriftsätzlich als Dienstherr in diesem Verfahren geltend gemacht hat.

Dass die getroffenen normativen Regelungen den Betroffenen in keiner Weise Rechtssicherheit geben, belegt folgende Mitteilung der Gewerkschaft Komba aus dem Jahre 2013:

"Nach Aussagen des Innenministeriums wird sich an der Opt-Out-Möglichkeit bis zum 31.12.2015 nichts ändern. Von Seiten des Ministeriums ist nicht beabsichtigt, die bis dahin geltende Arbeitszeitverordnung Feuerwehr zu ändern. Ob allerdings die sogenannte Opt-Out-Zulage bis zu diesem Zeitpunkt gezahlt werden kann, ist völlig ungewiss. Nach der derzeitigen Rechtslage läuft die Zulage nach dem Gesetz über die Gewährung einer Zulage für freiwillige, erhöhte wöchentliche Regelarbeitszeit im feuerwehrtechnischen Dienst in Nordrhein-Westfalen zum 31.12.2013 aus.

Das bedeutet, dass Feuerwehrbeamte, die ab dem 01.01.2014 weiterhin ihre Opt-Out-Erklärung abgegeben haben, keine 20 Euro pro Schicht mehr bekommen können. Sie müssten demnach ohne Entschädigung über die 48 Stunden hinaus ihren Dienst verrichten. Von Seiten der Politik sind zur Zeit keine Signale zu erkennen, das Gesetz über den 31.12.2013 zu verlängern. Ob von Seiten des Innenministeriums eine entsprechende Gesetzinitiative erfolgt, ist derzeit auch nicht erkennbar."

[http://www.komba.de/index.php?id=artikel_rk-neuss&tx_ttnews\[tt_news\]=2981&cHash=353ac2b5dd010bb57db514d07a0f5a9c](http://www.komba.de/index.php?id=artikel_rk-neuss&tx_ttnews[tt_news]=2981&cHash=353ac2b5dd010bb57db514d07a0f5a9c), abgerufen am 12.7.2015

Auch wenn die Pauschale danach dennoch gewährt und im Jahre 2014 von € 20.- auf € 30.- durch Änderungen des Gesetzes erhöht wurde, zeigt sich, dass für die Betroffenen Rechtsunsicherheit bis zur Verletzung des Willkürverbots bestand und besteht.

Wenn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts schon eine

"dynamische Verweisung in einem Gesetz auf eine Verwaltungsvorschrift verfassungsrechtlich problematisch sein (kann), weil dem Gesetzgeber ein Einfluss auf die zukünftige Fortentwicklung von ihm erlassener Regelungen verwehrt sein könnte, Rechtsetzung also außerhalb des Einflussbereichs des legitimierten Rechtsetzungsorgans stattfindet (und diese) zudem unter dem Gesichtspunkt hinreichender Bestimmtheit der Norm problematisch sein (kann), wenn das Gesetz auf eine Verwaltungsvorschrift verweist, die schon in ihrer Ausgangsfassung nicht publiziert ist, die Fundstelle jedenfalls im Gesetz nicht angegeben ist, und erst recht spätere Änderungen der Verwaltungsvorschrift für den Normadressaten des Gesetzes nicht ohne Weiteres erkennbar sind."

BVerwG, Urteil 7 C 21.08 vom 29.10.2009

so gilt dies erst recht für eine erst in der Zukunft zu verabschiedende Vergütungsregelung, wenn die Verordnung in Verbindung mit der opt-out - Erklärung auf ein erst noch zu erlassende Gesetz verweist, in welchem später der Verwaltung wiederum das Ermessen eingeräumt wird, ob und in welcher Höhe eine Schichtzulage gewährt wird.

Eine verfassungswidrige dynamische oder statische Verweisung in diesem Sinne liegt vor, wenn wie vorliegend der Ordnungsgeber als Gesetzgeber eine unvollständige Regelung trifft und zur Ergänzung seiner Regelung auf andere zukünftige, ungewisse Normen, zudem durch den Parlamentsgesetzgeber, verweist, die herangezogen werden müssen, damit sich eine vollständige Regelung ergibt.

Vgl. BVerwG, Urteil 7 C 21.08 vom 29.10.2009

Selbst wenn man vorliegend von einer statischen Verweisung ausgehen würde, wären vorliegend die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer solchen überschritten.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Bezugnahme auf eine bestimmte Fassung als Fall einer statischen Verweisung als solche zwar verfassungsrechtlich unbedenklich

BVerfGE 47, 285, 312.

Solche Verweisungen sind als übliche und notwendige gesetzgeberische Methode aber nur dann als rechtmäßig anerkannt,

"sofern die Verweisungsnorm .. hinreichend klar erkennen lässt, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen und wenn die in Bezug genommenen Vorschriften dem Normadressaten durch ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sind (vgl. nur BVerfGE 47, 285 <311> m.w.N.)."

BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2007 - 2 BvR 2408/06

Gerade dies ist vorliegend, wie vorstehend dezidiert ausgeführt wurde, nicht gegeben.

Im Ergebnis sind daher auch insofern die Ausführungen des Verwaltungsgerichts Cottbus auf die Regelungen in der AZVO Feu NRW übertragbar:

"Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften erfordert die Umsetzung einer Richtlinie, ... 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 (vgl. ...Urteil vom 18. Januar 2001 – Rs. C – 192/99 – Rn. 22). Diese Rechtsprechung wird vom Gerichtshof immer wieder als besonders bedeutsam hervorgehoben. ...Ein qualifizierter Verstoß liegt dann vor, wenn der Mitgliedsstaat die Grenzen, die seinem Umsetzungsermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat. ... Das Transparenzgebot verpflichtet den nationalen Rechtsetzer zur Schaffung einer hinreichend bestimmten, klaren und transparenten Rechtslage. Insoweit ist das Umsetzungsermessen des Mitgliedsstaates begrenzt."

**VG Cottbus · Urteil vom 28. Februar 2013 · Az. VG 5 K 914/11;
ebenso VG Potsdam · Urteil vom 11. September 2013 · Az. 2 K
1956/12**

Zwischenergebnis: Vorliegend sind die Vereinbarungen über freiwillige Mehrarbeit unwirksam, weil die gewählten Formen der Umsetzung – s. zur historischen Abfolge vorstehend – mit dem Transparenzgebot, dem Gebot der Normenklarheit und dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht vereinbar sind.

Nach den vorstehenden Ausführungen ist evident, dass der Rechtsprechung des VG Münster

VG Münster, 29. August 2013, Az: 4 K 2800/11

und des OVG Münster

OVG Nordrhein-Westfalen; Beschluss 06.03.2015, 6A 2272/13,

wonach sowohl § 5 AZVO Feu NRW als auch die Opt-Out-Vereinbarungen, mit denen sich Feuerwehrbeamte in Nordrhein-Westfalen zu einer über die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden hinausgehenden Arbeitsleistung von durchschnittlich 54 Stunden Wochenarbeitsstunden bereit erklärt hat, den Vorgaben des Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG entsprechen, nicht gefolgt werden kann.

Insofern kann den beiden Gerichten auch nicht darin gefolgt werden, es bestünden keine Bedenken gegen die Höhe der auf der Grundlage von § 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 des Gesetzes über die Gewährung einer Zulage für freiwillige, erhöhte wöchentliche Regelarbeitszeit vereinbarten Vergütung von 20 Euro (jetzt 30 Euro) brutto für jede tatsächlich geleistete 24-Stunden-Schicht, da dies zumindest voraussetzen würde, dass die Vorgaben der Richtlinie 2003 richtlinienkonform umgesetzt worden wären, was nicht der Fall ist, wie vorstehend dargelegt wurde.

Auch das Verwaltungsgericht Köln und das Verwaltungsgericht Arnsberg gehen in rechtsfehlerhafter Weise davon aus, dass der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch nicht einschlägig sei, wenn die Betroffenen aufgrund

einer eigenen opt - out - Erklärung im Rahmen der Regelungen der AZVOFeu Mehrarbeit über 48 Stunden hinaus geleistet haben,

VG Arnsberg, Urteil vom 28.05.2013, 2K 1275/11; VG Köln, 12.08.2013, 19 K 7275/12 jeweils juris.

Ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch würde ebenso wie ein beamtenrechtlicher Anspruch nach Treu und Glaube nur dann ausscheiden, wenn die opt - out - Regelung rechtmäßig und wirksam wäre, was jedoch zu verneinen ist, so dass es auf die Freiwilligkeit der Erklärung nicht ankommt.

Zwischenergebnis. Die unionsrechtlichen Vorgaben der RiL 2003 sind durch das Land Nordrhein – Westfalen und den Dienstherrn nicht hinreichend bzw. nicht richtlinienkonform umgesetzt worden. Hieraus folgt, dass eine Pauschalregelung von 20 bzw. 30.- € dem Äquivalenzgebot für geleistete Mehrarbeit widerspricht, da es sich nicht um einen vollen Ausgleich handelt. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Mehrarbeit freiwillig im Rahmen der opt – out Regelung oder durch Dienstverpflichtung erfolgt. Jede normative Regelung, die diesem Grundsatz widerspricht, stellt eine Verletzung gegenüber Unionsrecht dar.

VI. Grundsatz des Vorrangs und Vorbehalt des Gesetzes für die Regelung der Mehrarbeit und -vergütung

Die Verpflichtung des Gesetzgebers, zunächst die Voraussetzungen und die Höhe der Vergütung für eine über 48 Stunden hinausgehende Mehrarbeit gesetzlich zu regeln und hierbei der Verwaltung kein Ermessen hinsichtlich der Gewährung einer Schichtzulage an sich und der tatsächlichen Höhe einzuräumen, bevor eine rechtswirksame opt-out - Erklärung abgegeben werden kann, ergibt sich auch aus dem Grundsatz des Vorrangs und Vorbehalts des Gesetzes für die Regelung der Mehrarbeit und –vergütung.

Nach gesicherter Rechtslage dürfen Besoldungsleistungen nur gewährt werden, wenn und soweit sie gesetzlich festgelegt sind

BVerwG 2 C 50.11 Urteil vom 27.03.2014

Zur Besoldung, die einer gesetzlichen Grundlage bedarf, gehören auch Pauschalen und Ausgleichzahlungen für geleistete Mehr-, Schicht- oder Zuvielarbeit.

Vorliegend stellt sich auch nach den Grundsätzen des Vorrangs und Vorbehalt des Gesetzes die Frage, ob die Regelungen zur Mehrarbeit in einer vorgeschalteten

Rechtsverordnung und die Bestimmung der Höhe der Vergütung in einem sowohl der Rechtsverordnung als auch der opt-out Erklärung nachgeschalteten Gesetz erfolgen durften.

Die Frage, welche normativen Entscheidungen der Gesetzgeber durch formelles Gesetz selbst regeln muss und welche er der Exekutive überlassen darf, ist ungeachtet der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts immer wieder Streitgegenstand gerichtlicher Verfahren. Obgleich die Grundsätze seit den grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts allgemein anerkannt sind, herrscht bei der konkreten Abgrenzung, welche Entscheidungen so wesentlich sind, dass sie dem Parlament vorbehalten sind und nicht der Exekutive überlassen werden dürfen, oftmals Unklarheit bezüglich der Intensität einzelner Regelungen.

Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und der sog. Wesentlichkeitstheorie verlangen, dass staatliches Handeln in grundlegenden Bereichen, insbesondere in solchen, die grundrechtsrelevant sind, nicht nur bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum, sondern auch im Bereich der Leistungsverwaltung durch förmliches Gesetz legitimiert wird. Zur grundrechtsrelevanten Leistung gehört hierbei auch die Besoldung und Zahlung von Pauschalen für Schicht- und Mehrarbeit.

Der Parlamentsgesetzgeber ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehalten, die für das jeweils betroffene Grundrecht wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und darf sie nicht der Exekutive überlassen.

Vgl. BVerfGE 58,257

Ob und inwieweit dies Regelungen des parlamentarischen Gesetzgebers erfordert, richtet sich allgemein nach der Intensität, mit der die Grundrechte des Regelungsadressaten durch die jeweilige Maßnahme betroffen sind.

Vgl. BVerfGE 98, 218 ff.

Der Gesetzgeber wahrt im Hinblick auf den Vorrang des Gesetzes seine Gestaltungsfreiheit dann nicht mehr, wenn die erteilte Verordnungsermächtigung es dem Adressaten überlässt, nach Belieben von ihr Gebrauch zu machen, und erst dadurch das Gesetz überhaupt anwendbar wird.

**Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.6.1988 - 2 BvL 9/85 - BVerfGE 78, 249
= DVBl 1988, 952 = NJW 1988, 2529.**

Ziel dieser Grundsätze ist Rechtssicherheit. Für eine Rechtsverordnung muss daher das zu Grunde liegende Gesetz bereits zum Zeitpunkt des Erlasses in Kraft getreten sein. Eine nachträgliche Heilung kommt nicht in Betracht. Dies bedeutet umgekehrt, dass keine Verpflichtung oder Ermöglichung von Mehrarbeit in der AZVO Feu normiert werden kann und darf, bevor das Gesetz die Vergütung hiervon festlegt, wenn diese von den allgemeinen Regeln für Mehrarbeit von anderen Landesbeamten gem. § 61 LBG NRW abweichen soll.

Hierbei ist der verfassungsrechtlichen Forderung nach einem Handeln des Parlaments grundsätzlich nur dann entsprochen, wenn objektiv eine gesetzliche Regelung vorhanden ist, die nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung den in Frage stehenden Sachverhalt erfasst und inhaltlich verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.

BVerfG, 2 BvR 669/04 vom 24.5.2006 - juris

Insofern fokussiert der Parlamentsvorbehalt nicht primär auf eine abstrakte Definition dessen, was wesentlich für die Verwirklichung eines Grundrechts ist, sondern um „die grundrechtliche Freiheitssicherung und auf den demokratischen Primat des Parlaments“,

**Wolfgang Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im
Umbruch – Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AÖR 130
(2005), 5 (51)**

d.h. die Verankerung des Wesentlichkeitstheorie und des Vorbehalts des Gesetzes dienen dem Individualschutzinteresse des einzelnen Feuerwehrbeamten und sind zugleich ein Schutzinstrument zur Sicherung der demokratischen Legitimation normativ-politischer Entscheidungen durch einen offenen Diskurs des Gesetzgebers, der sich einer kritischen Öffentlichkeit und Kontrolle zu stellen hat.

Gerade hieran fehlt es aber, wenn sich der Gesetzgeber wie vorliegend seiner Verantwortung für die Festlegung der Voraussetzungen und Höhe der Vergütung entzieht und der Exekutive die Ermächtigung zur Vergütung von Mehrarbeit überlässt.

Der Gesetzgeber soll selbst die *wesentlichen* Entscheidungen für die Ordnung grundrechtsrelevanter Lebensbereiche treffen und darf diese nicht der Exekutive überlassen. Die Bestimmung des Zwecks der erteilten Ermächtigung zielt auf die Vorgabe eines Programms. Dadurch sollen die Ziele festgelegt werden, die die Exekutive zu verfolgen hat, wenn sie von der Ermächtigung Gebrauch macht. Hierbei zeigt das Ausmaß zugleich die Grenzen der Ermächtigung auf, die die Exekutive bei der Bestimmung des ihr überlassenen Regelungsbereichs zu beachten hat.

Die Vorschriften müssen dabei aber so bestimmt abgefasst sein, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Sachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist, wobei der Grundsatz gilt, dass allein die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm diese nicht unbestimmt macht.

BVerfGE 89, 69, 84 f.

Je stärker die Regelung in die Rechtsstellung hinsichtlich der Grundrechtsausübung des Betroffenen eingreift, desto höhere Anforderungen müssen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden.

OVG Hamburg , Urteil vom 17.12.2007 - 1 Bf 191/07 - juris

Dies bedeutet, dass neben die Selbstentscheidungs- auch eine Vorhersehbarkeitsformel die Grundlage der Wesentlichkeitstheorie und des Parlamentsvorbehalts darstellt.

s. hierzu auch Wito Schwanengel, Einwirkungen der Landesparlamente auf die Normsetzung der Exekutive, Berlin 2002, S. 20.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts soll das Bestimmtheitsgebot in diesem Kontext sicherstellen, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner ermöglichen die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf seine Rechte einstellen kann.

Im vorliegenden Fall sind die allgemeinen Bestimmungen des Landesbeamtengesetzes und der AZVO Feu NRW keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage, da Umfang und Vergütung der Mehrarbeit in einem

unmittelbaren Zusammenhang stehen und nur einheitlich geregelt bzw. keinesfalls im Wege einer dynamischen Verweisung auf eine später vom Gesetzgeber zu erlassende Norm mit einem weiten Ermessensspielraum der Verwaltung, ob überhaupt ein Ausgleich von Mehrarbeit finanziell erfolgt, verlagert werden können.

Wird demgegenüber wie vorliegend hinsichtlich der Vergütung die Festlegung des Regelungsinhalts der Exekutive überlassen, findet faktisch eine unzulässige Verlagerung der Gesetzgebung statt.

Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 07.09.2010 - 6 A 2077/08, juris

Dies ist jedoch vorliegend wie vorstehend ausgeführt der Fall und unterläuft den Grundsatz des Parlamentsvorbehalts als Delegationsverbot.

Diese Selbstentscheidungsformel dient dazu zu verhindern, dass der Gesetzgeber seine Legislativbefugnisse weitestgehend schrankenlos auf die Exekutive überträgt und sich somit seiner gesetzgeberischen Verantwortung entzieht.

Bei der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Parlament und Exekutive geht es also nicht nur um die Anmaßung von Befugnissen durch die Exekutive, sondern es geht auch darum, das Parlament daran zu hindern, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern. Es soll nicht einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive übertragen können, ohne die Grenzen dieser Befugnis bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar sowie voraussehbar und damit gerichtlich nachprüfbar ist, was bei der damit zugelassenen Rechtsetzung durch Organe der vollziehenden Gewalt dem Bürger gegenüber zulässig sein soll. Aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung muss für den fraglichen Regelungsbereich voraussehbar sein, in welcher Art von Fällen, mit welcher Zielrichtung, zu welchem Zweck und mit welchem möglichen Inhalt von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden darf.

Insofern kann festgehalten werden, dass vorliegend ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes vorliegt

Jede Schichtzulage betrifft das Alimentationsprinzip und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage. Hierbei kann die Höhe der Schichtzulage weder dem Ermessen der Verwaltung überlassen bleiben noch eine wirksame Mehrarbeit im

Wege einer Rechtsverordnung i.V.m. einer opt-out Erklärung angeordnet werden, solange der Gesetzgeber keine normative Regelung der Vergütung getroffen hat.

Aus diesem Grund sind die Opt-out Erklärungen unwirksam und können sich weder das Land Nordrhein-Westfalen noch der Dienstherr auf die Öffnungsklausel gem. Art 22 RiL 2003 berufen.

VII. Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch

Es ist zu prüfen, ob den Feuerwehrbeamten, die eine unwirksame opt-out - Erklärung abgegeben haben, ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch für geleistete Mehrarbeit wegen Nichtumsetzung der Richtlinie 2003 zusteht.

In der Entscheidung Fuß

EuGH, Urteil vom 25.11.2010, C-429/09,

hat der Gerichtshof entschieden, dass bei rechtswidriger Anordnung von Mehrarbeit ohne opt-out Erklärung die Geschädigten einen Entschädigungsanspruch haben, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt die Verleihung von Rechten an die Geschädigten, der Verstoß gegen diese Norm ist hinreichend qualifiziert, und zwischen diesem Verstoß und dem den Geschädigten entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.

EuGH, Urteil vom 25.11.2010, C-429/09

Daraus folgt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass die nationalen Gerichte und die Verwaltungsorgane, sofern eine mit den Anforderungen des Unionsrechts übereinstimmende Auslegung und Anwendung der nationalen Regelung nicht möglich ist, das Unionsrecht in vollem Umfang anzuwenden und die Rechte, die dieses dem Einzelnen einräumt, zu schützen haben, indem sie entgegenstehende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts – hier also die AZVO Feu und das Gesetz über die Vergütung von Mehrarbeit - gegebenenfalls unangewendet lassen

vgl. in diesem Sinne EuGH Urteile vom 22. Juni 1989, Costanzo, 103/88, Slg. 1989, 1839, Randnr. 33, vom 11. Januar 2007, ITC, C-208/05, Slg. 2007, I-181, Randnrn. 68 und 69.

Da die hier zu beurteilenden Opt-out Erklärungen unwirksam sind und sich weder das Land Nordrhein-Westfalen noch der Dienstherr rechtswirksam auf die Öffnungsklausel des Art. 22 RiL 2003 berufen können, steht den Betroffenen ein Staatshaftungsanspruch für die geleistete Mehrarbeit zu.

Anspruchsgrundlage ist vorliegend in erster Linie der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch. Es ist höchstrichterlich geklärt, dass, wenn ein qualifizierter Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b) Richtlinie 2003/88/EG vom 4. November 2003 (Arbeitszeitrichtlinie) vorliegt, dieser einen Ausgleichsanspruch in Geld vermittelt, sofern zwischen Verstoß und Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Dieser ist vorliegend gegeben.

Dieser unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch ist nunmehr auch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen zumindest für Fälle von Mehrarbeit ohne Umsetzung der Richtlinie 2003 und ohne opt-out - Erklärung, d.h. für das Land Nordrhein-Westfalen für bis zum 31.12.2006 geleistete Mehrarbeit, anerkannt.

vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 – 2 C 29.11 –, juris.

Nachdem der Europäische Gerichtshof in der vorstehend zitierten Entscheidung Fuß im Jahre 2010 einen Anspruch auf effektiven Ausgleich für rechtswidrige Arbeitszeiten von Feuerwehrbeamten judiziert hatte,

EuGH, Urteil vom 25.11.2010, C-429/09,

so dass das Bundesverwaltungsgericht seine bisherige Rechtsprechung

BVerwG, Urteile vom 29.09.2011, 2 C 32.10 bis 2 C 37.10.

geändert und mit Urteil

BVerwG 2 C 70.11 - Urteil vom 26. Juli 2012

anerkannt hat, dass für Feuerwehrbeamte, die über die unionsrechtlich zulässige Höchstarbeitszeit von 48 Stunden in der Woche hinaus Dienst leisten mussten, ein Anspruch auf angemessene Entschädigung in Geld besteht, dessen Höhe sich nach der Mehrarbeitsvergütung bemisst.

In der vorstehend genannten Entscheidung des EuGH hat dieser ausgeführt, dass der von den Behörden der Mitgliedstaaten zu leistende Ersatz des Schadens, den sie Einzelnen durch Verstöße gegen das Unionsrecht zugefügt haben, dem erlittenen Schaden angemessen sein muss.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts besteht sowohl ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch als auch ein Anspruch nach innerstaatlichen Rechtsgrundsätzen.

Ein unionsrechtlich erforderlicher qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht liegt nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts bei unrechtmäßiger Arbeitszeit von mehr als 48 Stunden wöchentlich seit dem 1. Januar 2001 vor, da der Europäische Gerichtshof durch Urteil vom 3. Oktober 2000 - C-303/98 - Rs. Simap - entschieden hat, dass Bereitschaftszeit wie Vollzeitdienst zählt. Damit stand seit diesem Zeitpunkt hinreichend deutlich fest, dass das Arbeitszeitrecht des Bundes und der Länder für die Beamten an diese Vorgaben angepasst werden musste. Diese Umsetzungspflicht ist für Feuerwehrbeamte in Nordrhein-Westfalen erst 2007 erfüllt worden. Demgegenüber entsteht der Anspruch aus nationalem Recht bereits mit Beginn des Verstoßes gegen Unionsrecht.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG muss Dienst, den Beamte über die unionsrechtlich höchstens zulässige wöchentliche Arbeitszeit hinaus leisten, in vollem Umfang ausgeglichen werden. Dies gilt auch für Zeiten des Bereitschaftsdienstes. Kann der Dienstherr die Freizeitausgleichsansprüche seiner Feuerwehrbeamten nicht binnen eines Jahres ohne Gefährdung der Einsatzbereitschaft der Feuerwehr erfüllen, so besteht ein Geldanspruch, dessen Höhe sich nach den jeweils geltenden Sätzen der Mehrarbeitsvergütung bemisst. Hierbei setzt der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch keinen vorherigen Antrag beim Dienstherrn voraus.

BVerwG 2 C 70.11 - Urteil vom 26. Juli 2012

Auch in der Rechtsprechung des OVG Nordrhein-Westfalen ist zur alten unionsrechtswidrigen Arbeitszeitregelung für Feuerwehrbeamte nach alter AZVO a.F. anerkannt:

"Der von Feuerwehrbeamten zu leistende Bereitschaftsdienst mit Anwesenheitspflicht in der Dienststelle ist als Arbeitszeit im Sinne

der Art. 2 Nr. 1, Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG und RL 2003/88/EG zu qualifizieren.

Vgl. EuGH, Urteile vom 9. September 2003 - C-151/02 (Jäger) -, Slg. 2003 I-8389 (8446) und juris Rn. 63, und vom 3. Oktober 2000 - C-303/98 (Simap) -, Slg. 2000, I-7963 (8025 f.), und juris Rn. 52; BVerwG, Beschluss vom 17. Dezember 2003 - 6 P 7.03 -, BVerwGE 119, 363 (377 f.); Senatsurteil vom 18. August 2005 - 1 A 2722/04 -, ZBR 2006, 199 (200) = NWVBl. 2006, 263 (264), und juris Rn. 43 ff.; VG Göttingen, Urteil vom 1. Februar 2006 - 3 A 172/04 -, juris Rn. 32.

... Widerspricht die nationale Arbeitszeitregelung - hier § 1 Abs. 1 Satz 1 AZVOFeu a.F. - den auf Feuerwehrbeamte verbindlich anzuwendenden europarechtlichen Vorgaben, dann kann sich der Kläger hinsichtlich der Regelung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit unmittelbar auf Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG bzw. Art. 6 Buchstabe b) RL 2003/88/EG berufen mit der Folge, dass er in dem streitigen Zeitraum ungeachtet anderslautender, insoweit nicht anzuwendender landesrechtlicher Vorschriften lediglich durchschnittlich 48 statt 54 Wochenstunden hätte arbeiten müssen.

Grundsätzlich richten sich Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft nicht an den Einzelnen, sondern an die Mitgliedstaaten (Art. 249 Abs. 3 EGV); diese sind verpflichtet, den Inhalt der Richtlinie in nationales Recht umzusetzen. Ausnahmsweise kann sich der Einzelne jedoch auch unmittelbar auf Vorschriften einer Richtlinie berufen. Die Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendung von Richtlinienvorschriften - fehlende oder mangelhafte Umsetzung einer inhaltlich unbedingten und hinreichend genauen den Einzelnen begünstigenden Richtlinienbestimmung trotz Ablaufs der Umsetzungsfrist - liegen hier vor: Die die wöchentliche Höchstarbeitszeit regelnde Vorschrift des Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG hätte gemäß Art. 18 Abs. 1a dieser Richtlinie spätestens bis zum 23. November 1996 in innerstaatliches Recht umgesetzt werden müssen. Das ist nicht erfolgt, wie die Regelung der Wochenarbeitszeit von höchstens 54 Stunden in der bis zum 31. Dezember 2006 gültigen Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AZVOFeu belegt. Eine Ausnahme nach Art. 18 Abs. 1b RL 93/104/EG kommt nicht in Betracht; hierzu wären Maßnahmen erforderlich gewesen, welche hätten sicherstellen müssen, dass kein Arbeitgeber

von einem Arbeitnehmer - worunter auch die Beamten fallen - verlangt, im Durchschnitt mehr als 48 Stunden innerhalb einer Woche zu arbeiten, es sei denn, der Arbeitnehmer hat sich dazu bereit erklärt. Das ist vorliegend in Bezug auf den streitgegenständlichen Zeitraum nicht der Fall.“

OVG Nordrhein-Westfalen · Urteil vom 7. Mai 2009 · Az. 1 A 2655/07

Hierbei ist durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b) Arbeitszeitrichtlinie vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer über die dort festgelegte wöchentliche Höchstarbeitszeitgrenze von 48 Stunden hinaus arbeitet,

vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012, a. a. O. VG Potsdam · Urteil vom 11. September 2013 · Az. 2 K 1956/12

Ein solcher unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch besteht aber auch bei nicht gemeinschaftskonformer Umsetzung der Vorgaben der RiL 2003, wie es ungeachtet der AZVO Feu 2007 in Nordrhein-Westfalen der Fall ist, und zwar ungeachtet einer opt-out Erklärung der Betroffenen, wie vorstehend ausgeführt worden ist.

Zur Begründung führt das Verwaltungsgericht Potsdam zur Regelung in Brandenburg richtigerweise aus:

"Der Kläger kann Mehrarbeitsvergütung für die über 48 Stunden im Siebentageszeitraum geleistete – und noch nicht ausgeglichene – Arbeit verlangen, weil die Beklagte sich nicht auf ein europarechtskonformes Einverständnis des Klägers mit der Mehrarbeit berufen kann.

Zwar eröffnet die Klausel des Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie dem Mitgliedstaat, Art. 6 der Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen nicht anzuwenden. Denn der Mitgliedstaat, hier in Gestalt des Landes Brandenburg als der Körperschaft, die kompetenzrechtlich im Land Brandenburg für die Festlegung der Arbeitszeit der Beamten u. a. auch der Kommunen zuständig ist, hat die Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie in einer

einen qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht begründenden Weise nicht oder fehlsam umgesetzt. Auf die Öffnungsklausel kann sich die Beklagte daher vorliegend nicht berufen.

Eine im vorstehenden Sinne fehlerhafte Umsetzung der Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie liegt jedenfalls deshalb vor, weil die Voraussetzung für die Öffnung nach Art. 22 Abs. 1 Buchst. b), nämlich die Verpflichtung des Mitgliedstaates, für das Nachteilsverbot zu sorgen, nicht bzw. fehlsam umgesetzt ist.“

Diese Grundsätze sind auf die gemeinschaftswidrige Umsetzung der Richtlinie 2003 in Nordrhein-Westfalen grundsätzlich übertragbar.

Auch das OVG NRW anerkennt einen Anspruch auf finanziellen Ausgleich für rechtswidrig geleistete Mehrarbeit, geht aber davon aus, dass die o.g. Grundsätze der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur die Fälle einer unionsrechtswidrigen Überschreitung der höchsten zulässigen Wochenarbeitszeit präjudizieren, jedoch

"keine Aussage ... zur Höhe der Vergütung bei Vorliegen einer Individualvereinbarung (treffen und) der Abschluss einer Individualvereinbarung über die (vorübergehende) Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ...zu einer Ausgangslage führt, die maßgeblich von den zitierten Entscheidungen abweicht"

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.07.2014 - 6 A 1628/13

Hierbei verkennt das Gericht jedoch, dass auch vorliegend von einer unionsrechtswidrigen Überschreitung der höchsten zulässigen Wochenarbeitszeit auszugehen ist.

Auch das Verwaltungsgericht Düsseldorf anerkennt einen Anspruch auf finanziellen Ausgleich für rechtswidrig geleistete Mehrarbeit und führt diesbezüglich aus:

"Der Kläger hat im streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2005 regelmäßig anstelle der unionsrechtlich höchstens zulässigen 48 Wochenstunden durchschnittlich wöchentlich 54 Stunden Dienst geleistet. Die Verpflichtung zur wöchentlichen Arbeitszeit von 54 Stunden ging

zurück auf § 1 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamten des feuerwehrtechnischen Dienstes in den Feuerwehren der Gemeinden und Gemeindeverbände des Landes Nordrhein-Westfalen (AZVOFeu NRW) in der bis zum 31. Dezember 2006 gültigen Fassung. Die über 48 Wochenstunden hinausgehende Verrichtung des Dienstes verstieß gegen Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (RL 93/104/EG, ABl. EG Nr. L 307 vom 13. Dezember 1993 S. 18) sowie Art. 6 Buchst. b der insoweit inhaltsgleichen Nachfolge-Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (RL 2003/88/EG, ABl. EG Nr. L 299 vom 18. November 2003 S. 9, Arbeitszeitrichtlinie), so dass die entgegenstehende Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AZVOFeu NRW außer Betracht zu bleiben hat. Nach der Begriffsbestimmung des Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG sowie Art. 2 Nr. 1 RL 93/104/EG sind Zeiten des Bereitschaftsdienstes in vollem Umfang in die Berechnung der wöchentlichen Arbeitszeit einzubeziehen, da die Beamten in der Dienststelle anwesend und jederzeit einsatzbereit sein mussten. Die Umsetzungsfrist der im Wesentlichen wortgleichen Vorgängerrichtlinie war bereits seit 1996 abgelaufen (Art. 18 Abs. 1 Buchst. a RL 93/104/EG). Eine Rechtfertigung der unionsrechtswidrigen Zuvielarbeit als Mehrarbeit war nicht möglich.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 - 2 C 70/11 - NVwZ 2012, 1472 ff.

Für diese unionsrechtswidrig geleistete Zuvielarbeit steht dem Kläger ein unionsrechtlicher Ausgleichsanspruch zu.

Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch entsteht nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, verleiht dem Geschädigten Rechte, der Verstoß gegen diese Norm ist hinreichend qualifiziert, und zwischen dem Verstoß und dem Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.

Vgl. zum Ganzen EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Rs. C-429/09, Fuß - NZA 2011, 53 Rn. 47 f. m.w.N..

Diese Voraussetzungen sind gegeben.

Art. 6 Nr. 2 RL 93/104/EG sowie Art. 6 Buchst. b RL 2003/88/EG verleihen mit der Festsetzung einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit dem Einzelnen Rechte, die dieser nach Ablauf der Frist zur Umsetzung in das maßgebliche nationale Arbeitszeitrecht des Beklagten unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend machen kann,

EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O. Rn. 49 f..

Auch die zweite Voraussetzung ist erfüllt. Die Überschreitung der unionsrechtlich vorgegebenen Wochenarbeitszeit begründet seit dem 1. Januar 2001 - und damit auch im hier klagegegenständlichen Zeitraum - einen hinreichend qualifizierten Verstoß. Spätestens zum 1. Januar 2001 hätte das Arbeitszeitrecht für die Feuerwehrbeamten an die unionsrechtlichen Vorgaben angepasst werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, waren Behörden und Gerichte aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gehalten, die Vorgaben der maßgeblichen Richtlinie zu befolgen und entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen. Ein Träger öffentlicher Gewalt ist auch in seiner Eigenschaft als öffentlicher Arbeitgeber zur Umsetzung des Unionsrechts verpflichtet. Danach hat die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Dienstherrin durch die Nichtbeachtung des Anwendungsvorrangs hinreichend qualifiziert gegen das Unionsrecht verstoßen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 - 2 C 70/11 - a.a.O..

Schließlich besteht auch im Sinne der dritten Voraussetzung unzweifelhaft ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen diese Richtlinien und dem Schaden, der durch den Verlust der Ruhezeit entstanden ist, die dem Kläger zugestanden hätte, wenn die in dieser Bestimmung vorgesehene wöchentliche Höchstarbeitszeit eingehalten worden wäre. Dabei ist es unerheblich, dass zusätzlicher Dienst eines Beamten und der damit verbundene Verlust an Freizeit und Erholungszeit nach nationalem Recht keinen Schaden im Sinne des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts darstellt, denn auch insoweit ist allein auf das Unionsrecht abzustellen, das hierin einen Schaden sieht.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 - 2 C 70/11 - a.a.O., m.w.N.

An weitere Voraussetzungen - etwa an ein Antrags- oder Rügeerfordernis - ist der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht gebunden.

Vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O., Rn. 78, 84, 86 f., 90; BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 - 2 C 70/11 - a.a.O., unter Aufgabe der in seinem Urteil vom 29. September 2011 - 2 C 32.10 - BVerwGE 140, 351 ff zum Ausdruck kommenden gegenteiligen Ansicht.

Die Rechtsfolgen des unionsrechtlichen Ausgleichsanspruchs richten sich nach dem nationalen Recht, wobei Form, Art und Weise der Berechnung der Entschädigung in einem angemessenen Verhältnis zum Schaden stehen müssen, sodass ein effektiver Schutz der Rechte des Einzelnen gewährleistet ist. Danach ist es Sache des nationalen Rechts, ob der Schadensersatz in Form von Freizeitausgleich oder in Form einer finanziellen Entschädigung zu gewähren ist,

vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010 - Fuß - a.a.O., Rn. 92, ff. m.w.N.

Da der Verlust an Freizeit nach nationalem Recht kein Schaden ist, ist zur Ausfüllung des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs auf die Rechtsfolgen aus dem nationalbeamtenrechtlichen Billigkeitsanspruch zurückzugreifen.

BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 - 2 C 70/11 - a.a.O..

Letzterer ist auf zeitlichen Ausgleich in angemessenem Umfang gerichtet. Dies gilt auch dann, wenn über mehrere Jahre Zuvielarbeit geleistet wurde. Als angemessen ist der zeitliche Ausgleich von Zuvielarbeit grundsätzlich dann anzusehen, wenn er ebenso lang ist wie der zuvor geleistete rechtswidrig geforderte Dienst. Zeiten des Bereitschaftsdienstes sind in vollem Umfang auszugleichen; ein Abzug von monatlich fünf ausgleichslos zu leistenden Stunden ist nicht zulässig.

BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 - 2 C 70/11 - a.a.O., m.w.N.

Als Anknüpfungspunkt für den danach zu gewährenden Geldausgleich bieten sich allein die im jeweiligen Zeitpunkt der Zuvielarbeit geltenden Sätze der Mehrarbeitsvergütung an, wobei eine Ermäßigung des Ausgleichs durch eine geringere Gewichtung des Bereitschaftsdienstes (vgl. § 5 MVergV) unzulässig ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012 - 2 C 70/11 - a.a.O., m.w.N."

VG Düsseldorf, Urteil vom 2.7.2014, 26 K 6183/13

Diese Rechtsprechung ist nach den vorstehenden Ausführungen in den vorliegenden Verfahren auf Fälle rechtsunwirksamer opt-out - Erklärungen auszuweiten.

Zwischenergebnis: Den Betroffenen steht ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch zu, der sich nach der Mehrarbeitsvergütung von Beamten im Land Nordrhein-Westfalen richtet.

VIII. Beamtenrechtlicher Ausgleichanspruch aus Treu und Glauben

Den Betroffenen steht daneben nach gesicherter Rechtsprechung für den Fall, dass eine unionsrechtswidrige Mehrarbeit erfolgt ist, auch ein nationalstaatlicher beamtenrechtlicher Ausgleichsanspruch nach Treu und Glauben zu.

Das Verwaltungsgericht Potsdam bejaht ungeachtet einer opt - out - Erklärung der Betroffenen zu Recht einen solchen Ausgleichanspruch der Feuerwehrbeamten für die Zeit zwischen 2010 und 2012, also nach Änderung der einschlägigen Arbeitszeitverordnung, und führt hierzu aus:

"Für das Jahr 2011 steht dem Kläger neben dem unionsrechtlichen Ausgleichsanspruch zudem ein beamtenrechtlicher Ausgleichsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in Verbindung mit den Regeln über einen Ausgleich von Mehrarbeit zu,

vgl. BVerwG, Urteile vom 26. Juli 2012, a. a. O., und 29. September 2011 – 2 C 32.10 –, juris.

Der Billigkeitsanspruch setzt voraus, dass der Beamte rechtswidrig zu viel gearbeitet hat, was nach den vorstehenden Ausführungen der Fall ist. Dabei kommt es im Rahmen des beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruchs – anders als beim unionsrechtlichen Ausgleichsanspruch – nicht darauf an, dass auch gerade in hinreichend qualifizierter Weise gegen (Unions-)Recht verstoßen wurde. Ausreichend ist, dass Art. 22 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie nicht in einer den europarechtlichen Vorgaben genügender Weise in nationales Recht umgesetzt wurde und ein Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b) Arbeitszeitrichtlinie vorliegt; ob dies auch in hinreichend qualifizierter Weise geschehen ist, ist unerheblich. Der beamtenrechtliche nationale Ausgleichsanspruch kommt allerdings

nur für rechtswidrige Zuvielarbeit in Betracht, die ab dem auf die erstmalige Geltendmachung folgenden Monat geleistet wurde,

vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2012, a. a. O.

Diese Voraussetzungen sind hier ab dem 1. Januar 2011 erfüllt. In seinen Rechtsfolgen unterscheidet sich der nationale beamtenrechtliche Ausgleichsanspruch nicht vom unionsrechtlichen Anspruch.

VG Potsdam · Urteil vom 11. September 2013 · Az. 2 K 1956/12

Soweit demgegenüber das OVG Münster

OVG Nordrhein-Westfalen; Beschluss 06.03.2015, 6A 2272/13,

einen Anspruch nach Treu und Glauben verneint, weil der Beamte sich freiwillig zur Mehrarbeit verpflichtet habe, verkennt das Oberverwaltungsgericht, dass eine Regelung, die dem Transparenz- und Bestimmtheitsgebot zuwiderläuft, dem Beamten als dem im Verhältnis zum Dienstherrn Schwächeren und zu Schützenden nicht entgegen gehalten werden kann, da das Land bzw. der Dienstherr insofern seine Fürsorgepflicht gegenüber den Betroffenen verletzt hat.

IX. Höhe der Entschädigung

Nach der Rechtsprechung des EuGH aus dem Jahre 2010 in der Sache Fuß muss der von den Behörden der Mitgliedstaaten zu leistende Ersatz des Schadens, den sie Einzelnen durch Verstöße gegen das Unionsrecht zugefügt haben, dem erlittenen Schaden angemessen sein. In Ermangelung von Unionsvorschriften auf diesem Gebiet ist es Sache des nationalen Rechts des betreffenden Mitgliedstaats, unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes zu bestimmen, ob der Ersatz des Schadens, der einem Arbeitnehmer durch den Verstoß gegen eine Vorschrift des Unionsrechts entstanden ist, diesem Arbeitnehmer in Form einer finanziellen Entschädigung zu gewähren ist, und die Regeln für die Art und Weise der Berechnung der Anspruchshöhe festzulegen.

BVerwG 2 C 70.11 vom 26.7.2012

Ein äquivalenter Ausgleich ist hier die Berechnung nach der Mehrarbeitsvergütung für Beamte im Lande Nordrhein-Westfalen gem. § 61 LBG NRW i.V.m. den Sätzen der Mehrarbeitsvergütungsverordnung nach den dort normierten Stundensätzen.

Wenn das Bundesverwaltungsgericht davon ausgeht, dass es

"bei dem Wertersatz um einen billigen sowie angemessenen Ausgleich, der zudem dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz entsprechen muss"

BVerwG 2 C 70.11 vom 26.7.2012

geht, so gilt dies für jede rechtswidrige Überschreitung der Arbeitszeit.

Hieraus folgt, dass eine Pauschalregelung von 20 bzw. 30.- € diesem Grundsatz widerspricht, da es sich nicht um einen adäquaten Ausgleich handelt.

Hierbei ist prozessual zu berücksichtigen, dass sowohl der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch als auch der nationalrechtliche Ausgleichsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren unterliegen.

BVerwG 2 C 70.11 - Urteil vom 26. Juli 2012:

Zwischenergebnis: Auszugleichen ist jede Stunde bis zu 480 Stunden jährlich, die der Beamte monatlich über die ohne Ausgleich höchstzulässige Mehrarbeit hinaus Dienst geleistet hat. Der finanzielle Ausgleich ist in Anlehnung an die Vergütung für Mehrarbeit zu gewähren.

X. Vereinbarkeit der Pauschalvergütung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz

Es ist ferner zu prüfen, ob die Regelungen der Pauschalvergütung in Höhe von € 20./30.- je Schicht mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gebietet der

"allgemeine Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. ...Die Ungleichbehandlung von Sachverhalten ist erst dann geboten, wenn eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise ergibt, dass die Ungleichheiten so bedeutsam sind, dass ihnen Rechnung getragen werden muss. Dies setzt voraus, dass sich im Hinblick auf

die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die Gleichbehandlung nicht finden lässt. ..."

BVerwG Urteil 2 C 50/11 vom 27.03.2014

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Aus ihm ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.

vgl. BVerfGE 110, 274 <291>; 117, 1 <30>; stRspr.

Hierbei greift der Grundsatz, dass der

"allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (..) dem Normgeber (gebietet), wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 98, 365 <385>; stRspr). ... sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen (vgl. BVerfGE 79, 1 <17>; 126, 400 <416> m.w.N.).

Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfGE 75, 108 <157>; 93, 319 <348 f.>; 107, 27 <46>; 126, 400 <416>; 129, 49 <69> m.w.N.). "

BVerfG, 1 BvL 1/08 vom 8.5.2013, Absatz-Nr. (54 ff), http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20130508_1bvl000108.html

Vorliegend ist ein sachlichen Grund dafür, lediglich die Feuerwehr-Mehrarbeit abweichend vom Besoldungsgesetz und der Mehrarbeitsvergütungsverordnung hinsichtlich der Vergütung schlechter zu stellen als andere Beamte in Nordrhein-Westfalen, nicht zu erkennen und besteht ein solcher aus dem Sachzusammenhang heraus nicht, da es sich bei Mehrarbeit nicht um ein Feuerwehr-Spezifikum handelt.

Allein die Haushaltslage der Kommunen und ihr Bestreben, Mehreinstellungen langmöglichst zu vermeiden, rechtfertigen die Ungleichbehandlung nicht.

Zudem wird hier zudem in Verbindung mit dem Alimentations- und Leistungsprinzip wesentlich Ungleiches innerhalb der Laufbahn gleich behandelt, da die Zulage - anders als § 4 MVerG - nicht nach den Besoldungsgruppen unterscheidet.

Zwischenergebnis: Die Regelungen zur Vergütung von freiwilliger Mehrarbeit für Beamte des feuerwehrtechnischen Dienstes verstoßen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

XI. Ergebnis:

1. Die Regelung in § 5 AZVO Feu NRW entspricht mangels Festlegung eines Bezugszeitraums nicht den Umsetzungsvorgaben des Unionsrechts, so dass es an einer wirksamen Öffnungsklausel fehlt und die darauf aufbauende opt - out - Erklärung unwirksam ist.

2. Die Regelungen der AZVO Feu NRW verstoßen gegen das unionsrechtliche Nachteilsverbot.

3. Die unionsrechtlichen Vorgaben der RiL 2003 sind durch das Land Nordrhein – Westfalen und den Dienstherrn nicht hinreichend bzw. nicht richtlinienkonform umgesetzt worden. Hieraus folgt, dass eine Pauschalregelung von 20 bzw. 30.- € dem Äquivalenzgebot für geleistete Mehrarbeit widerspricht, da es sich nicht um einen vollen Ausgleich handelt. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Mehrarbeit freiwillig im Rahmen der opt – out - Regelung oder durch Dienstverpflichtung erfolgt. Jede normative Regelung, die diesem Grundsatz widerspricht, stellt eine Verletzung gegen Unionsrecht dar.

4. Die Erklärungen über freiwillige Mehrarbeit sind unwirksam, weil sich das Land Nordrhein-Westfalen und der Dienstherr wegen Verstoßes gegen die Umsetzungsvorgaben der Richtlinie 2003 nicht auf die Öffnungsklausel der AZVO Feu für freiwillige Mehrarbeit berufen können, da unabhängig von materiellrechtlichen Fragen die gewählten Formen der Umsetzung mit dem Transparenzgebot, dem Gebot der Normenklarheit und dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht vereinbar sind.

5. Die geprüften Regelungen verstoßen gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Jede Schichtzulage betrifft das Alimentationsprinzip und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage. Hierbei kann die Höhe der Schichtzulage weder dem Ermessen der Verwaltung überlassen bleiben noch eine wirksame Mehrarbeit im Wege einer Rechtsverordnung i.V.m. einer opt-out - Erklärung angeordnet werden, solange der Gesetzgeber keine normative Regelung der Vergütung getroffen hat.

Aus diesem Grund sind die Opt-out Erklärungen unwirksam und kann sich das Land Nordrhein-Westfalen ebenso wenig wie der Dienstherr auf die Öffnungsklausel gem. Art 22 RiL 2003 berufen.

6. Den Betroffenen steht sowohl ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch als auch ein nationalstaatlicher beamtenrechtlicher Erstattungsanspruch aus Treu und Glauben zu, der sich nach der Mehrarbeitsvergütung von Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen richtet. Der finanzielle Ausgleich ist in Anlehnung an die Vergütung für Mehrarbeit zu gewähren.

7. Die Regelungen zur Vergütung von freiwilliger Mehrarbeit für Beamte des feuerwehrtechnischen Dienstes verstoßen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Berlin, den 31.7.2015

Prof. Dr. Frank-Rüdiger Jach