

Die POLIZEI

FACHZEITSCHRIFT FÜR DIE ÖFFENTLICHE SICHERHEIT MIT BEITRÄGEN AUS DER DEUTSCHEN HOCHSCHULE DER POLIZEI

HERAUSGEBER

Andreas Bruns
Erwin Hetger
Hans-Jürgen Lange
Joachim Laux
Holger Münch
Udo Münch
Norbert Salmon
Klaus Viergutz

REDAKTION

Ralph Berthel
Michael Knappe
Andreas Schiefer
Sabrina Schönrock

AUS DEM INHALT

Aufsätze

- Cornelia Alberts/Bernd Bürger**
Die Arbeitszeitrichtlinie der EU und ihre Auswirkungen auf die polizeiliche Praxis S. 217
- Michael Knappe**
Bundesstaatsprinzip und Polizeirecht – Darstellung anhand ausgewählter Beispiele S. 228
- Frank Ebert**
Polizei-Hubschrauber im Rettungs- und Bergungseinsatz S. 234
- Benjamin Przybulewski**
Gewalt und Fußball S. 240



Heft 8
August 2018
Seiten 217–248
109. Jahrgang
Art.-Nr. 56361808
PVSt 5624

8

Carl Heymanns Verlag

INHALT 8 · 2018

Aufsätze

- Die Arbeitszeitrichtlinie der EU und ihre
Auswirkungen auf die polizeiliche Praxis
Cornelia Alberts, Oldenburg/Dr. Bernd Bürger,
Dachau **S. 217**
- Bundesstaatsprinzip und Polizeirecht –
Darstellung anhand ausgewählter Beispiele
Prof. Michael Knape, Berlin **S. 228**
- Polizeiubschrauber im Rettungs- und
Bergungseinsatz
Dr. Dr. Frank Ebert, Erfurt **S. 234**
- Gewalt und Fußball
Benjamin Przybulewski **S. 240**
- Impressum **III**

Vorschau

- Sicherheitsrecht – Anmerkungen zu einem
Rechtsgebiet in der Findungsphase
Michael Kniesel, Bonn
- Mehr Terrorismusbekämpfung statt Radikalisie-
rungsprävention! – Eine Streitschrift
Dr. Michail Logvinov, Berlin
- Die Polizei und der Kampf um die Parkplätze
Oliver Tölle, Berlin
- Identitätsschutz für Polizeibeamten im Einsatz
Dr. Dr. Frank Ebert, Erfurt
- Wissensmanagement in der (Kriminal-)Polizei –
praktikable Vorschläge auf der Grundlage einer
betriebswirtschaftlichen Perspektive
Marcus Bramow/Kai Brosin/Marcus Schmeja, Rostock
- Unter den fliegenden Augen der Polizei –
Eine grundrechtliche Betrachtung des polizei-
lichen Drohneneinsatzes
Eva Skobel, Mainz

Die Arbeitszeitrichtlinie der EU und ihre Auswirkungen auf die polizeiliche Praxis

von Cornelia Alberts, Oldenburg und Dr. Bernd Bürger, Dachau*

Die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG¹ enthält konkrete Mindestvorgaben für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung, insbesondere im Hinblick auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten, die wöchentliche Höchstarbeitszeit und die Gestaltung der Nacharbeit. Die Umsetzung dieser Richtlinie stellt die Polizei mit ihren besonderen Aufgaben vor ganz erhebliche Probleme. Ist es etwa rechtlich zulässig, die Ruhezeiten im Polizeidienst aus Anlass von Großeinsätzen, bspw. dem G20-Gipfel in Hamburg oder Castor-Transporten, zu verkürzen? Gilt dies auch für den regulären Schichtdienst? Was ist eigentlich Arbeitszeit und was Bereitschaftsdienst? Wie ist die Rufbereitschaft einzuordnen? Diese und mehr Fragen mit hoher Praxisrelevanz, die in vielen Bundesländern sowie im Bund wiederkehrend zwischen Personalvertretungen und Dienstherren zu hitzigen Debatten führen, werden in diesem Beitrag nach einer Einführung in die grundlegenden Wirkmechanismen der EU-Arbeitszeitrichtlinie gewürdigt. Zudem wird der arbeitswissenschaftliche Hintergrund der Richtlinie erläutert, um ihre Bedeutung als essentiellen Grundpfeiler für sichere Arbeitsbedingungen aufzuzeigen.

I. Grundlegend Wirkmechanismen der EU-Arbeitszeitrichtlinie

1. Umsetzungsverpflichtung von Bund und Ländern

Die RL 2003/88/EG findet gem. ihrem Art. 1 Abs. 3 grundsätzlich auf alle privaten und öffentlichen Tätigkeitsbereiche, also auch die Polizei, Anwendung. Dies gilt i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Arbeitsschutzrichtlinie 89/391 EWG² zwar nicht, soweit dem Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, z.B. bei der Polizei, zwingend entgegenstehen. Allerdings ist diese Ausnahmenvorschrift restriktiv auszulegen und schließt nicht den Polizeidienst per se vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus. Stattdessen greift die Ausnahme nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH nur in Situationen von besonderer Schwere und besonderem Ausmaß, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Aufgabenerfüllung für den Schutz der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit und Ordnung unerlässlich ist, und deren ordnungsgemäße Durchführung bei strikter Beachtung der Arbeitsschutz- und Arbeitszeitregelungen in Frage gestellt

wäre.³ Dies ist bspw. bei Natur- oder Technologiekatastrophen, Attentaten, schweren Unglücksfällen oder anderen Ereignissen gleicher Art der Fall. Eine Arbeitszeitplanung für die Einsatz- und Rettungsteams ist in diesen Fällen de facto nicht möglich.⁴ Allerdings ist dann dafür Sorge zu tragen, dass die größtmögliche Sicherheit und der größtmögliche Gesundheitsschutz für die Beamten gewährleistet wird (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 RL 89/391/EWG).

Da die Arbeitszeitgestaltung der Polizei grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Arbeitszeit- und -schutzrichtlinie

* Rⁱin Cornelia Alberts studierte Rechtswissenschaften an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und absolvierte das Rechtsreferendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Von Juni 2012 bis September 2015 war sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachgebiet Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht einschließlich des internationalen Rechts und des Europarechts von Prof. Dr. Kugelmann an der DHPol tätig. Im Oktober 2015 wurde sie in der Verwaltungsgeschichte des Landes Niedersachsen zur Richterin ernannt und ist seitdem am Verwaltungsgericht Oldenburg tätig. POR Dr. Bernd Bürger begann 1997 bei der Bayerischen Polizei im mittleren Polizeivollzugsdienst. 2002 folgte das Studium zum Diplom-Verwaltungswirt (FH). Berufsbegleitend schloss er 2010 den Masterstudiengang Kriminologie und Polizeiwissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum ab (ECTS A). 2013 erlangte er den Master in Öffentliche Verwaltung – Polizeimanagement an der DHPol (ECTS A). 2015 promovierte er mit dem Thema »Arbeitszeitmodelle für den Streifendienst der Polizei«. Über zehn Jahre seiner Dienstzeit verbrachte er beim Unterstützungskommando Dachau, einer Beweissicherungs- und Festnahmehundertschaft, und ist dort seit 2015 Kommandoführer. Seit 2015 ist er Mitglied der Gesellschaft für Arbeits-, Wirtschafts- und Organisationspsychologische Forschung e.V. (www.gawo-ev.de).

Der vorliegende Beitrag basiert auf einer gemeinsamen Lehrveranstaltung an der DHPol im Modul »Europäische polizeiliche Kooperation und internationale Polizeiarbeit«.

- 1 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EU L 299 v. 18.11.2003, S. 9.
- 2 Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12.06.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. EG L 183 v. 29.06.1989, S. 1.
- 3 Vgl. EuGH, Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 –, juris, Rn. 55 ff.; EuGH, Beschl. v. 14.07.2005 – C-52/04 –, juris, Rn. 40 ff.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 15.12.2011 – 2 C 41/10 –, juris, Rn. 20; Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 1 Rn. 33 ff. m.w.N.
- 4 Vgl. EuGH, Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 –, juris, Rn. 55 ff.; EuGH, Beschl. v. 14.07.2005 – C-52/04 –, juris, Rn. 40 ff.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 15.12.2011 – 2 C 41/10 –, juris, Rn. 20.

fällt, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Richtlinie auch in diesem Bereich in nationales Recht umzusetzen. Die Umsetzungsverpflichtung folgt aus Art. 288 Abs. 3 AEUV, aus dem sich die Verbindlichkeit von Richtlinien für die Mitgliedstaaten ergibt. Die Betroffenen müssen auf der Grundlage der nationalen Umsetzung dazu in der Lage sein, die für sie aus der Richtlinie erwachsenden Rechte zu erkennen und durchzusetzen. Die nationale Umsetzung hat aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit deshalb entweder durch Gesetz oder durch Rechtsverordnung zu erfolgen. Nicht ausreichend ist etwa die bloße Anpassung der Verwaltungspraxis oder ein einfaches Rundschreiben an die betreffenden Behörden mit der Aufforderung, die Vorgaben der Richtlinie künftig einzuhalten.⁵ Ebenso wenig genügt die Umsetzung durch bloße Verwaltungsvorschrift, da sich ihre Rechtswirkungen auf den internen Verwaltungsbereich beschränken und insofern Unsicherheiten über ihre Verbindlichkeit bestehen können.⁶

Auf welcher föderalen Ebene die Umsetzung in Deutschland zu erfolgen hat, richtet sich nach den im Grundgesetz zugeschriebenen Gesetzgebungskompetenzen. Die Arbeitszeitgestaltung der Landesbeamten ist Ländersache, die der Bundesbeamten Bundessache. Die Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG hat deshalb für die Landespolizeien auf Landesebene, für die Bundespolizei und das Bundeskriminalamt auf Bundesebene zu erfolgen. Richtiger »Ort« für die Umsetzung ist die jeweils einschlägige Arbeitszeitverordnung. Die Arbeitsschutzrichtlinie 81/391/EWG hingegen wurde mit dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) in nationales Recht umgesetzt, das gem. § 2 Abs. 2 ArbSchG auch für Beamte gilt.

2. Sanktionen und Rechtsfolgen bei fehlender oder unzureichender Umsetzung

Verletzt ein Mitgliedstaat seine Verpflichtung zur Umsetzung einer Richtlinie, so greift ein gegen den säumigen Mitgliedstaat gerichtetes Sanktionssystem. Dieses reicht von der Möglichkeit der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens über die unmittelbare Anwendung einzelner Vorgaben der nichtumgesetzten Richtlinie bis zur Schadensersatzhaftung des säumigen Mitgliedstaates.⁷ Ziel dieses Systems sind die effektive Durchsetzung (effet utile) und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten.

a) Vertragsverletzungsverfahren

Verletzt ein Mitgliedstaat seine Umsetzungsverpflichtung, so kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV einleiten. Zwar richtet sich das Vertragsverletzungsverfahren gegen den säumigen Mitgliedstaat an sich, im Falle Deutschlands also gegen den Bund. Allerdings tragen Bund und Länder die Lasten einer Verletzung von supranationalen oder völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands gem. Art. 104a Abs. 6 GG nach der innerstaatlichen Zuständigkeits- und Aufgabenverteilung. Die Lastentragung im Bund-Länder-Verhältnis wird durch das Lastentragungsgesetz⁸ konkretisiert. Wird nun der Bund zu einem Zwangsgeld verurteilt, weil ein Bundesland eine Richtlinie nicht in Landesrecht umgesetzt hat, so hat dieses Bundesland das Zwangsgeld zu tragen.⁹

b) Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien

In Ausnahmefällen können einzelne Vorgaben einer Richtlinie aber auch unmittelbare Anwendung im säumigen Mitgliedstaat entfalten. Die mitgliedstaatlichen Behörden sind

dann unmittelbar an die Vorgaben der nichtumgesetzten Richtlinie gebunden und der Einzelne kann sich unmittelbar auf ihre Bestimmungen berufen.

So hat der EuGH bereits explizit die unmittelbare Anwendbarkeit der Arbeitszeitrichtlinie im Hinblick auf die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden gem. Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG bejaht.¹⁰ In dem zugrunde liegenden Sachverhalt sah die einschlägige Arbeitszeitverordnung des Landes Sachsen-Anhalt im Widerspruch zu Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 54 Stunden vor.¹¹ Der Gerichtshof stellt hier zunächst fest, dass die fragliche nationale Regelung gegen Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG verstößt und daher unionsrechtswidrig ist.¹² Zudem bejaht der Gerichtshof die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 6 Buchst. b) der Arbeitszeitrichtlinie. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs können sich Einzelne gegenüber dem Staat immer dann unmittelbar auf die Bestimmung einer EU-Richtlinie berufen, wenn sich diese als inhaltlich unbedingt und hinreichend genau darstellt und nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist in nationales Recht umgesetzt wurde oder wenn diese Umsetzung unzureichend war.¹³

Die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie berührt nicht die mitgliedstaatliche Umsetzungspflicht. Die Verpflichtung zur Umsetzung durch Gesetz oder Rechtsverordnung besteht parallel zur unmittelbaren Anwendbarkeit fort, da nur so die Erfordernisse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eingehalten werden können.¹⁴ Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass die Umsetzung einer Richtlinie zwar grundsätzlich Aufgabe des nationalen Gesetzgebers ist. Allerdings führt ihre unmittelbare Anwendbarkeit dazu, dass einzelne Vorschriften einer Richtlinie direkt auf die nationalen Behörden durchschlagen und sie unmittelbar verpflichten. So gilt die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden für die Arbeitszeitgestaltung unmittelbar in den Polizeibehörden, und das vor allem auch dann, wenn die betreffende Arbeitszeitverordnung eine höhere durchschnittliche Arbeitszeit vorsieht. Besteht eine Kollision zwischen nationalem Recht und der EU-Richtlinie, so genießt die Richtlinie Vorrang und ist von den zuständigen Behörden anstelle der unionsrechtswidrigen nationalen Vorschrift anzu-

5 EuGH, Urt. v. 06.05.1980 – Rs. 102/79 –, juris, Rn. 11; EuGH, Urt. v. 02.12.1986 – Rs. 239/85 –, juris, Rn. 7; W. Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 95 m.w.N.

6 EuGH, Urt. v. 30.05.1991 – Rs. C-361/88 –, juris, Rn. 20; W. Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 95 m.w.N.

7 W. Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 78.

8 Gesetz zur Lastentragung im Bund-Länder-Verhältnis bei Verletzung von supranationalen oder völkerrechtlichen Verpflichtungen vom 05.09.2006 (BGBl. I, S. 2098, 2105) – LastG.

9 Vgl. § 1 LastG. Verletzen mehrere Bundesländer ihre Umsetzungsverpflichtung, so bemisst sich die Kostentragung nach dem Königsteiner Schlüssel, § 3 LastG.

10 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 –, juris.

11 § 2 Abs. 1 der VO über die Arbeitszeit der Beamtinnen u. Beamten im feuerwehrtechnischen Dienst der Städte u. Gemeinden des Landes Sachsen-Anhalt vom 07.10.1998 galt bis zum 31.12.2007.

12 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 –, juris, Rn. 55. Art. 17 Abs. 1 u. Art. 22 RL 2003/88/EG lassen unter engen Voraussetzungen Ausnahmen von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zu, die hier aber nicht einschlägig waren.

13 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 –, juris, Rn. 56 m.w.N.

14 Vgl. W. Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 82 und Rn. 95.

wenden.¹⁵ Bei der Erstellung des Dienstplanes ist also dafür Sorge zu tragen, dass den Schutzvorgaben der Arbeitszeitrichtlinie vollumfänglich entsprochen wird, selbst wenn die innerstaatliche Arbeitszeitverordnung widersprechende Vorgaben enthalten sollte. Das gilt nicht nur für die wöchentliche Höchstarbeitszeit nach Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG, sondern auch für alle übrigen präzise gefassten Schutzvorschriften, wie etwa die Ruhepausen nach Art. 4 sowie die tägliche und wöchentliche Ruhezeit nach Art. 3 bzw. 5 RL 2003/88/EG.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass die nationalen Verwaltungsträger die unmittelbar geltenden Vorgaben der Richtlinie von Amts wegen zu beachten und nicht nur auf Antrag eines Betroffenen durchzusetzen haben.¹⁶ Sie haben das Unionsrecht in vollem Umfang anzuwenden und die Rechte des Einzelnen vollumfänglich zu schützen, indem sie entgegenstehende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet lassen¹⁷ und die Vorgaben der Richtlinie in der gesamten Behörde einhalten. Ein Verstoß gegen die Arbeitszeitvorgaben der EU kann nicht etwa dadurch behoben werden, dass ein Einzelner in eine andere Abteilung umgesetzt wird, so dass in Bezug auf seine Person die Vorgaben der Richtlinie erfüllt werden, es aber für alle anderen Beamten bei der bisherigen Regelung bleibt, soweit sie sich nicht beschweren bzw. die bisherigen Dienstzeiten vorziehen. Eine Umsetzung gegen den Willen des Betroffenen in eine andere Abteilung würde das Recht auf eine durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden völlig aushöhlen und die praktische Wirksamkeit des Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG zunichtemachen.¹⁸ Zudem verstößt eine Umsetzung gegen den Willen des Betroffenen gegen das gem. Art. 47 EU-Grundrechtecharta auch im Unionsrecht verankerte Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Der EuGH hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass die Betroffenen davon abgeschreckt werden könnten, ihre durch die Arbeitszeitrichtlinie gewährleisteten Rechte geltend zu machen, wenn sie als Reaktion des Dienstherrn auf ihre Beschwerde eine Umsetzung gegen ihren Willen befürchten müssen.¹⁹ Eine Umsetzung wäre daher rechtswidrig. Stattdessen hat der Dienstherr dafür Sorge zu tragen, dass die Vorgaben der Richtlinie in allen Abteilungen eingehalten werden.

c) Unionsrechtlicher Schadensersatzanspruch

Darüber hinaus besteht ein unionsrechtlicher Schadensersatzanspruch, auf dessen Grundlage der Betroffene von den Behörden des säumigen Mitgliedstaates den Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch den Verstoß gegen die unionsrechtliche Bestimmung entstanden ist.

Leistet der betreffende Beamte z.B. aufgrund einer unionsrechtswidrigen nationalen Arbeitszeitverordnung rechtswidrige Zuvielarbeit, die ihm nach nationalem Recht nicht als Mehrarbeit angerechnet wird, ist nach der Rechtsprechung des EuGH dennoch gewährleistet, dass der Betroffene Freizeitausgleich oder Mehrvergütung erhält. Der EuGH gewährt in Fällen wie diesem einen unionsrechtlichen Schadensersatzanspruch unter drei Voraussetzungen: Erstens muss die unionsrechtliche Norm, gegen die durch die mitgliedstaatlichen Behörden verstoßen wurde, die Verleihung von Rechten an den Geschädigten bezwecken. Zweitens muss der Verstoß gegen diese Norm hinreichend qualifiziert sein. Drit-

tens muss zwischen diesem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen.²⁰ Ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht liegt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs dann vor, wenn der Mitgliedstaat seine Ermessensgrenzen offenkundig und erheblich überschreitet, etwa die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs evident verkennt.²¹ Dabei ist es aber Sache der Mitgliedstaaten zu bestimmen, ob der Ersatz des Schadens in Form von Freizeitausgleich oder in Form einer finanziellen Entschädigung zu gewähren ist, und die Regeln für die Art und Weise der Berechnung der Anspruchshöhe festzulegen.²²

3. Verhältnis von Arbeitszeit- und Arbeitsschutzrichtlinie

Bei der Bewertung von arbeitszeitrechtlichen Sachverhalten ist stets darauf zu achten, dass gem. Art. 1 Abs. 4 RL 2003/88/EG zusätzlich die Bestimmungen der Arbeitsschutzrichtlinie 89/391/EWG voll Anwendung finden. Die denkbare Anwendung des Rechtsgrundsatzes »lex specialis derogat legi generali« wird explizit ausgeschlossen. Über die Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie hinaus entfalten also auch die Vorschriften der Arbeitsschutzrichtlinie, bspw. die Verpflichtung zur Vermeidung von Risiken gem. Art. 6 Abs. 2 Buchst. a) RL 89/391/EWG, im Hinblick auf die Gestaltung der Arbeitszeit bei der Polizei Wirkung.²³ Diese Besonderheit kann auf Grundlage der arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit erklärt werden, die im Übrigen auch regelmäßig sehr deutlich in die obergerichtliche Rechtsprechung einfließen. Die Wirkung von Arbeit auf den Menschen kann anhand des Belastungs-Beanspruchungs-Modells gezeigt werden (vgl. Abbildung 1).

Dabei ergibt sich die Belastung aus dem Zusammenspiel von Arbeitszeit (z.B. Dauer, Lage, Verteilung, Dynamik) und Arbeitsintensität (z.B. Anzahl und Schwierigkeit der zu treffenden Entscheidungen, Arbeitsumwelt, Arbeitsmittel). So kann bspw. eine sehr schwere Arbeit über einen kurzen Zeitraum eine gleiche Belastung hervorrufen, wie eine leichte Arbeit über einen längeren Zeitraum. Diese Belastung führt durch individuelle Mediatoren (z.B. Alter, Gesundheit, soziale Strukturen) vermittelt zu einer individuellen Beanspruchung, die sich sowohl in Form von förderlichen (z.B. Anregungs-, Lerneffekte, gesteigerte Effizienz) als auch beeinträchtigenden (z.B. herabgesetzte Wachsamkeit, Beschwerden, Erkrankungen, Burnout) Effekten zeigen kann. Das Ziel der Arbeitszeitrichtlinie ist, durch die Regulation an der Stellschraube »Arbeitszeit« einen Mindestschutz für die Sicherheit und Gesundheit zu gewährleisten. Aufgrund des besonderen Wirkmechanismus mit der Arbeitsintensität, denn letztlich

15 W. Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 119; da die Arbeitszeitrichtlinie nur Mindestvorgaben enthält, ist es jedoch durchaus zulässig, in der nationalen Arbeitszeitverordnung höhere Schutzvorschriften zu normieren, z.B. eine maximale durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 42 Stunden.

16 W. Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 120.

17 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 –, juris, Rn. 63.

18 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 –, juris, Rn. 65.

19 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 –, juris, Rn. 66.

20 EuGH, Urt. v. 25.11.2010 – Rs. C-429/09 –, juris, Rn. 47; Gallner,

in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 6 Rn. 4 ff.

21 EuGH, Urt. v. 25.11.2010 – Rs. C-429/09 –, juris, Rn. 51 f.

22 EuGH, Urt. v. 25.11.2010 – Rs. C-429/09 –, juris, Rn. 94.

23 Die Schutzzwecke beider Richtlinien ergänzen sich, vgl. Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 1 Rn. 19.

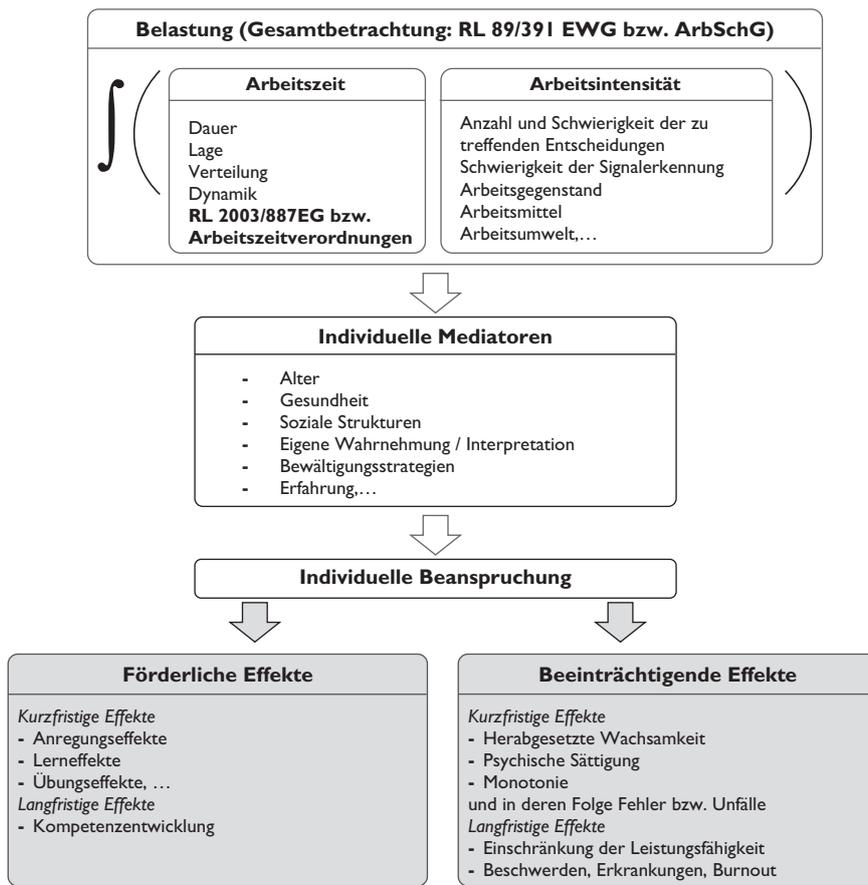


Abb. 1: Belastungs-Beanspruchungs-Modell (eigene Darstellung in Anlehnung an folgende Quellen: Rohmert, 1983, 5 ff.; Rohmert, 1984, 193 ff.; Knauth/Hornberger, 1997, S. 25; Schmidtke/Bubb, 1993, S. 116 ff.; DIN SPEC 33418)

führt immer die Kombination aus Arbeitszeit und -intensität zur Belastung, ist hier ein weiterer Regelungsbedarf erkennbar, der allerdings nur schwer in konkrete Vorgaben zu fassen ist. Daher regelt die Arbeitsschutzrichtlinie 89/391/EWG in Art. 6 Abs. 2 Buchst. a), dass der Arbeitgeber grundsätzlich alle Risiken für die Arbeitnehmer zu vermeiden hat, eben auch solche, die sich aus der Kombination von Arbeitsintensität und -zeit ergeben. Dies erlangt im Zusammenhang mit der nationalen Umsetzung in Deutschland durch das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG),²⁴ wie im weiteren Verlauf noch belegt wird, besondere Bedeutung.

II. Die Regelungen der Richtlinie 2003/88/EG und ihr arbeitswissenschaftlicher Hintergrund

1. Allgemeine Regelungen

Die Arbeitszeitrichtlinie trifft zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer verschiedene Mindestvorgaben zur Arbeitszeitgestaltung. Für die Polizeiarbeit von besonderem Interesse sind hierbei die wöchentliche Ruhezeit von 35 Stunden pro Woche (Art. 5) in einem bis zu 14-tägigen Bezugszeitraum (Art. 16a), die wöchentliche Höchst-arbeitszeit von 48 Stunden (Art. 6) in einem bis zu viermonatigen Bezugszeitraum (Art. 16b), die Ruhepausen (Art. 4) und insbesondere die tägliche Ruhezeit von 11 zusammenhängenden Stunden innerhalb von 24 Stunden (Art. 3). Darüber hinaus normiert die Richtlinie ein besonderes Schutzbedürfnis für Schicht- und Nachtarbeiter (Erwägungsgründe 7–11, Art. 8–13). Diese Regelungen sind in einem parlamentarischen Aushandlungsprozess zustande gekommen, um für

die Arbeitnehmer gesunde und sichere Arbeitsbedingungen zu gewährleisten (Art. 31 der Charta der GR der EU).²⁵ Dabei muss dieses Grundrecht, wie es der Generalanwalt am EuGH formuliert, als das grundlegendste Arbeitnehmerrecht gelten, das in einem erheblichen Maße normatives Gewicht und Bedeutung hat. Es stellt eine spezifische Ausprägung der Achtung der Menschenwürde dar, weil es zur Würde des Menschen gehört, dass er nicht bis zur Erschöpfung arbeiten muss.²⁶ Man muss sich also bei der Diskussion über die Inanspruchnahme von Ausnahmen einerseits über die tiefgreifende Bedeutung des Schutzgutes bewusst sein, andererseits aber ebenso ins Kalkül ziehen, dass die zum Teil deutlich über diese Regelungen hinausgehenden arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse nicht vollumfänglich in die Richtlinien übernommen wurden. Stattdessen wurden Kompromisse gefunden, so dass der Zweck der Richtlinie, einen Mindestschutz für die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, wörtlich genommen werden muss. Entsprechend bringt es auch der EuGH konsequent in seinen Urteilen zum Ausdruck: Abweichungen sind engen Voraussetzungen unterworfen, die einen wirksamen Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer gewährleisten sollen.²⁷ Um das Erfordernis des Mindestschutzes zu verdeutlichen, werden im Folgenden einige arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse angeführt, die den Sinn der einschlägigen Vorschriften unterstreichen.

In Bezug auf die wöchentliche Ruhezeit von 35 Stunden innerhalb von zwei Wochen konnte bspw. ein Anstieg des relativen Unfallrisikos im Zusammenhang mit nacheinander abgeleiteten Schichtdiensten festgestellt werden. Im Vergleich zur ersten Nachtschicht ist das Unfallrisiko in der zweiten Nachtschicht etwa 6 %, in der dritten 17 % und in der vierten 36 % höher. Bei Tagschichten erhöht sich das Risiko jeweils um 2 %, 7 % bzw. 17 %. Dieses Ergebnis zeigt, dass der Mensch, selbst wenn er Pausen zwischen Arbeitsphasen hat, auch regelmäßig längere Erholungsphasen benötigt, um Wachsamkeit, Aufmerksamkeit und Reaktionsfähigkeit zu regenerieren.²⁸

24 Arbeitsschutzgesetz v. 07.08.1996 (BGBl. I, S. 1246), das zuletzt durch Art. 427 der VO v. 31.08.2015 (BGBl. I, S. 1474) geändert worden ist.

25 Zur Richtliniengeschichte u. Reformbemühungen Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 1 Rn. 4 ff.

26 Vgl. Generalanwalt Tachev, Schlussanträge v. 08.06.2017 – Rs. C-214/16 –, juris, Rn. 36; Bogg, 2014., S. 837; Anderson, 2014.

27 EuGH, Urt. v. 05.10.2004 in den verbundenen Rs. – C-397/01 – bis – C-403/01 –, juris, Rn. 77; EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 –, juris, Rn. 34.

28 Vgl. Spencer/Robertson/Folkard 2006., S. 32 ff.

Gleiches gilt für Pausen während der Arbeitszeit, auch hier ist hinreichend belegt, dass diese signifikant zur Reduzierung des Unfallrisikos beitragen.²⁹ Entsprechend fußt auch Art. 4 der RL 2003/88/EG auf sicherheitsrelevanten sowie gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen und bedarf der Umsetzung.

Verschiedene Studien zeigen, dass eine zu hohe wöchentliche Arbeitszeit zu gravierenden gesundheitlichen als auch sozialen Auswirkungen führt.³⁰ Das Beeinträchtigungsrisiko durch Arbeit in langen Arbeitszeiten von über 48 Wochenstunden gegenüber der Teilzeitarbeit (<35 Std.) steigt je nach Stichprobe um etwa 50 % bis hin zu knapp über 100 %.³¹ Im Quervergleich der Beschwerden kann man zusammenfassen, dass diese mit zunehmender wöchentlicher Arbeitszeit ansteigen, sich bei etwa 30 bis 44 Stunden pro Woche auf einem nur leicht steigenden Plateau bewegen und ab 44 Stunden pro Woche wieder deutlich ansteigen. Es zeigt sich hier wieder, dass auch die Festlegung auf eine im Durchschnitt berechnete wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden lediglich ein Kompromissergebnis sein kann, das dem arbeitswissenschaftlich erforderlichen Mindestschutz kaum gerecht wird.

Der Zusammenhang von Unfällen und der geleisteten Arbeitszeit war bereits Gegenstand zahlreicher Untersuchungen.³² Die Ergebnisse zeigen, dass das Unfallrisiko ab der achten bzw. neunten Arbeitsstunde exponentiell ansteigt.³³ Zusammenfassend kann hier festgehalten werden, dass die zwölfte Arbeitsstunde ein doppelt so hohes Unfallrisiko aufweist wie der Durchschnitt der ersten bis achten Arbeitsstunde.³⁴ Vor diesem Hintergrund kann bspw. auch die Beschränkung der Nachtarbeit auf acht Stunden pro 24 Stundenzeitraum erklärt werden (Art. 8 RL 2003/88/EG). Zudem wird deutlich, warum es erforderlich ist, eine tägliche Ruhezeit festzulegen, die ja auch indirekt eine tägliche Höchstarbeitszeit von 13 Stunden abzüglich Ruhepausen normiert.³⁵ Allerdings wird auch an dieser Stelle der Aushandlungsprozess im Gesetzgebungsverfahren evident, denn auf Grundlage der arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse muss einleuchten, dass 13 Stunden tägliche Arbeitszeit selbst mit Pausen kaum als Mindestschutz bezeichnet werden können.

Es mag zwar bestimmte Arbeiten geben, deren Arbeitsintensität und grundsätzliches Unfallrisiko so gering sind, dass die Mindestschutzvorschriften der Richtlinie genau für solche Arbeiten einen entsprechenden Spielraum für die Arbeitszeitgestaltung eröffnen. Dies entbindet aber den Arbeitgeber nicht von seiner Pflicht gem. §§ 3 bis 5 ArbSchG, diese Risiken zu beurteilen und zu minimieren, wie es ihm auch bei der Inanspruchnahme von Ausnahmen obliegt.

2. Nachtarbeit

Bereits 1992 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass Nachtarbeit, wie sie auch im Wach- und Wechseldienst regelmäßig geleistet werden muss, grundsätzlich für jeden Menschen schädlich ist.³⁶ Aber auch die Richtlinie betont das Erfordernis eines besonderen Schutzes für Schicht- und Nachtarbeiter, da »[...] der menschliche Organismus während der Nacht besonders empfindlich auf Umweltstörungen und auf bestimmte belastende Formen der Arbeitsorganisation reagiert und lange Nachtarbeitszeiträume für die Gesundheit der Arbeitnehmer nachteilig sind und ihre Sicherheit bei der Arbeit beeinträchtigen können« (Erwägungsgrund 7 RL 2003/88/EG). Die Normierung dieses Schutzbedürfnisses re-

sultiert aus den arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen. Der Mensch ist von Natur aus ein tagaktives Lebewesen, dessen Körperfunktionen tagsüber im Wesentlichen auf Leistung und in der Nacht auf Erholung ausgerichtet sind.³⁷ Dies spiegelt sich auch im Unfallrisiko wider, bei dem ein fast linearer Anstieg von Früh-, zu Spät- und Nachtschichten nachgewiesen werden kann. Im Vergleich zur Frühschicht weisen Nachmittagschichten ein um 15,2 % und Nachtschichten ein um 27 % höheres Unfallrisiko auf. Das um die Arbeitsdauer bereinigte Unfallrisiko in der Zeit zwischen 18:00 und 06:00 Uhr ist um etwa 70 % höher als zwischen 07:00 und 17:00 Uhr.³⁸ Die Gründe für dieses besondere Schutzbedürfnis liegen also auf der Hand, lediglich im Hinblick auf die – ggf. direkte – Anwendbarkeit ergeben sich in der Praxis Schwierigkeiten. Wird der Begriff der Nachtarbeit bzw. des Nachtarbeiters in den einzelstaatlichen Vorschriften definiert,³⁹ sind über Art. 2 Nr. 4 Buchst. b) insbesondere die Artikel 8 und 9 der RL 2003/88/EG anwendbar. Entsprechend dürften betroffene Beamte im Durchschnitt nur acht Stunden pro 24-Stunden-Zeitraum arbeiten. Wäre die Arbeit nach einer durch den Mitgliedstaat vorzunehmenden Definition zudem mit besonderen Gefahren oder einer erheblichen körperlichen oder geistigen Anspannung verbunden, müsste sogar die tägliche Höchstarbeit auf acht Stunden begrenzt werden (ohne Durchschnittsberechnung). Zudem müsste der Gesundheitszustand der Nachtarbeiter vor Aufnahme der Arbeit und danach regelmäßig unentgeltlich untersucht werden.

Wesentlich komplizierter ist die Prüfung allerdings, wenn eine solche Definition in den einschlägigen Verordnungen fehlt. Hier muss Art. 2 Nr. 4 Buchst. a) RL 2003/88/EG geprüft werden, der den Begriff »Nachtarbeiter« als jeden Arbeitnehmer definiert, der während der Nachtzeit normalerweise mindestens drei Stunden seiner täglichen Arbeitszeit verrichtet. Für Beamte, die in einem rotierenden Schichtmodell arbeiten, kann hierzu auf einen Beschluss des OVG Hamburg abgestellt werden. Es klassifiziert mit folgender Begründung die Beamten der Feuerwehr im zugrunde liegenden Fall nicht als Nachtarbeiter im Sinne Art. 2 Nr. 4a der Richtlinie: »Da nach den Dienstplänen der Antragsgegnerin die im Einsatzdienst der Feuerwehr Hamburg tätigen Beamten ihren Dienst nicht regelmäßig nur in Nachtschichten, sondern im Wechsel zwischen Tag- und Nachtschichten verrichten, dürfte wohl eher anzunehmen sein, dass sie normalerweise nicht mindestens drei Stunden ihrer täglichen Arbeitszeit nachts verrichten und deshalb keine Nachtarbeiter im Sinne von Art. 2 Nr. 4a der Richtlinie 2003/88/EG sind.«⁴⁰ Da es sich hier um ein

29 Vgl. bspw. *Tucker/Folkard/Macdonald*, 2003, S. 680, *Spencer/Robertson/Folkard* 2006, S. 32 ff.

30 Bspw. *Nachreiner/Rädiker/Jansen et al.*, 2005, *Wirtz*, 2010.

31 *Wirtz*, 2010, S. 125.

32 Vgl. bspw. *Åkerstedt*, 1995; *Hänecke/Tiedemann/Nachreiner et al.*, 1998, *Nachreiner/Akermann/Hänecke*, 2000.

33 Vgl. *Folkard/Lombardi*, 2004; *Folkard/Lombardi*, 2006.

34 Vgl. *Spencer/Robertson/Folkard* 2006, S. 35 ff.

35 *Europäische Kommission*, 2017, S. 24.

36 Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.01.1992, – 1 BvR 1025/82 – u.a., juris, Rn. 56; vgl. auch *Gallner*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, RL 2003/88/EG, Art. 8 Rn. 3.

37 Vgl. *Bürger*, 2015, 102 ff.

38 Vgl. *Spencer/Robertson/Folkard* 2006, S. 27 ff.

39 Bspw. in § 2 ArbZG (gilt nur für Beschäftigte u. Angestellte) oder § 8 Abs. 2 ArbZVO Rheinland-Pfalz sowie § 4 Abs. 1 bis 3 AZVO Feuerwehr und Polizei Berlin.

40 Vgl. Hamburger OVG, Beschl. v. 22.04.2008 – 1 Bs 13/08, <http://justiz.hamburg.de/contentblob/1291052/data/1bs13-08.pdf>, S. 10.

Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz handelte, das lediglich eine summarische Prüfung erforderte, bleiben jedoch Zweifel an der Klassifizierung als Nachtarbeiter bestehen. Aufgrund der Eilbedürftigkeit des Verfahrens war jedenfalls keine Vorlage beim EuGH zur Vorabentscheidung möglich.⁴¹ Nachdem der Beschluss aber auch auf die im Wach- und Wechseldienst der Polizei tätigen Beamten übertragbar ist, kann wohl eher davon auszugehen werden, dass sie nicht unter diese Bestimmung fallen. Allerdings müssten sehr wohl Beamte über die o.g. Vorschrift als Nachtarbeiter klassifiziert werden, wenn sie sich in einem flexiblen Modell, das eine selbstbestimmte Schichteinteilung ermöglicht, überwiegend in Nachtschichten einteilen.

III. Der Arbeitszeitbegriff im Sinne der Richtlinie 2003/88/EG

Die Anwendung einer Vielzahl der Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie setzt eine stundengenaue Berechnung der Arbeitszeit voraus. Dies gilt bspw. mit Blick auf die einzuhaltenden Ruhephasen (Art. 3–5) oder auch für die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden (Art. 6). Hier stellt sich die Frage, was genau der Begriff »Arbeitszeit« im Sinne der Richtlinie umfasst. Für die Polizei ist dabei von höchster Relevanz, ob auch Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft in die Berechnung der Arbeitszeiten einfließen müssen.

1. Arbeitsschutzrechtlicher Arbeitszeitbegriff

Laut Art. 2 Nr. 1 der RL 2003/88/EG ist 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. Ruhezeit ist demgegenüber gem. Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit. Für die Einstufung von Bereitschaftsdienst- und Rufbereitschaftszeiten hilft diese Legaldefinition zwar nicht unmittelbar weiter, allerdings wird der Begriff der Arbeitszeit in der Rechtsprechung des EuGH hinreichend konturiert.

Bereitschaftsdienste sind demnach immer dann vollumfänglich als Arbeitszeit zu berücksichtigen, wenn sich der Beamte an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort aufzuhalten hat und diesem zur Verfügung stehen muss, um gegebenenfalls sofort seine Leistung erbringen zu können.⁴² Sobald der Dienst in Form persönlicher Anwesenheit am Arbeitsplatz geleistet wird, ist der Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit i.S.d. Richtlinie 2003/88/EG anzusehen, und zwar unabhängig von den in diesem Zeitraum tatsächlich erbrachten Arbeitsleistungen. Der bloße Umstand, dass es in den angeordneten Bereitschaftsdienstzeiten nicht zu einem Einsatz kommt und sich der Beamte tatsächlich ausruhen darf, ändert nichts an diesem Ergebnis. Die rechtliche Qualifizierung als Arbeitszeit hängt dabei nicht von der Intensität der Tätigkeit eines Beamten ab, sondern erfolgt allein nach Maßgabe seiner Verpflichtung, sich für seinen Dienstherrn zur Verfügung zu halten.⁴³ In arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht sind diese Zeiten vollumfänglich als Arbeitszeit zu werten und bei der Erstellung des Dienstplanes zu berücksichtigen. Dabei müssen die in Art. 3–5 der Richtlinie 2003/88/EG vorgesehenen Ruhephasen eingeplant werden. Bereitschaftsdienst, der in Form persönlicher Anwesenheit am Dienstort erbracht wird, ist auch bei der Berechnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden voll als Arbeitszeit zu berücksichtigen.

Eine nur anteilige Anrechnung von Bereitschaftsdienstzeiten verbietet sich in diesem Fall. Nationale Regelungen, die für Bereitschaftsdienste in arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht nur eine gequotelte Anrechnung vorsehen, sind unionsrechtswidrig. Dass Art. 2 Nr. 1 der RL 2003/88/EG auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten verweist, bedeutet nicht, dass die Mitgliedstaaten den Inhalt des Arbeitszeitbegriffes einseitig festlegen können. Die Mitgliedstaaten dürfen den Anspruch des Beamten auf ordnungsgemäße Berücksichtigung der Arbeitszeiten und dementsprechend der Ruhezeiten keinerlei Bedingungen unterwerfen, da dieser Anspruch sich unmittelbar aus den Vorschriften der Richtlinie ergibt. Jede andere Auslegung würde dem Ziel Arbeitszeitrichtlinie zuwiderlaufen, den Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu harmonisieren.⁴⁴

2. Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst

Zwar ist nach dem Recht der EU Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit zu qualifizieren. Die Arbeitszeitrichtlinie trifft aber keinerlei Aussage dazu, inwieweit für in Form von Bereitschaftsdiensten geleistete Mehrarbeit Freizeitausgleich zu gewähren ist. Weder den europarechtlichen Vorgaben noch der Rechtsprechung des EuGH ist zu entnehmen, dass Bereitschaftsdienst hinsichtlich der Gewährung von Freizeitausgleich mit normalem Dienst gleichzusetzen wäre. Das Unionsrecht fordert eine Gleichsetzung des Bereitschaftsdienstes mit dem Volldienst nur im Interesse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes hinsichtlich der Arbeitszeit, nicht aber hinsichtlich der Gewährung von Freizeitausgleich.⁴⁵ Aus den arbeitszeitrechtlichen Schutzvorschriften ergibt sich kein unmittelbarer Anspruch darauf, dass Bereitschaftsdienst wie Volldienst zu vergüten bzw. durch Freizeit auszugleichen ist. Die unionsrechtliche Einbeziehung des Bereitschaftsdienstes in die Arbeitszeit hat also ausschließlich arbeitszeitrechtliche, nicht dagegen besoldungsrechtliche Konsequenzen.⁴⁶ Die RL 2003/88/EG findet außer in Bezug auf den bezahlten Jahresurlaub keine Anwendung auf die Vergütung des Arbeitnehmers.⁴⁷ Insofern ist strikt zwischen einem arbeitszeitrechtlichen Bereich (determiniert durch Unionsrecht) und einem besoldungsrechtlichen Bereich (determiniert durch nationales Recht) zu differenzieren.

Wenn aber auch nicht unmittelbar unionsrechtlich vorgegeben, so besteht doch nach der Rechtsprechung des BVerwG bei Mehrarbeit in der Form des Bereitschaftsdienstes ein Anspruch auf vollen Freizeitausgleich im Verhältnis »1 zu 1«.⁴⁸ Bei der dem Urteil des BVerwG vom 17.11.2016 – 2 C 23/15 – zugrunde liegenden Fallkonstellation ging es um Ausgleichsan-

41 Vgl. Hamburger OVG, Beschl. v. 22.04.2008 – 1 Bs 13/08, <http://justiz.hamburg.de/contentblob/1291052/data/1bs13-08.pdf>, S. 12.

42 EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C-518/15 –, juris, Rn. 59. EuGH, Urt. v. 09.09.2003 – C-151/02 –, juris, Rn. 63; zum Arbeitszeitbegriff vgl. auch Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 2 Rn. 3 ff. m.w.N.

43 EuGH, Urt. v. 01.10.2005 – C-14/04 –, juris, Rn. 40, 58; EuGH, Beschluss in der Rs. – C-437/05 –, juris, Rn. 27; *Europäische Kommission*, 2017, S. 17 f.

44 EuGH, Urt. v. 09.09.2003 – C-151/02 –, juris, Rn. 59; zur Notwendigkeit einer unionsweit einheitlichen Auslegung des Arbeitszeitbegriffs vgl. auch EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C-518/15 –, juris, Rn. 40 ff.

45 Nds. OVG, Urt. v. 25.01.2011 – 5 LC 178/09 –, juris, Rn. 38.

46 BVerwG, Urt. v. 29.04.2004 – 2 C 10/03 –, juris, Rn. 15 ff.

47 EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C-518/15 –, juris, Rn. 24. EuGH, Urt. v. 26.07.2017 – Rs. C-175/16 –, juris, Rn. 17; vgl. auch Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 1 Rn. 3 und Art. 2 Rn. 2. 48 BVerwG, Urt. v. 17.11.2016 – 2 C 23/15 –, BVerwGE 156, 262–272.

sprüche eines Polizeivollzugsbeamten der Bundespolizei, dessen in Form von Bereitschaftsdienst geleistete Mehrarbeit bei der Gewährung von Freizeitausgleich nur hälftig in Ansatz gebracht worden war. Entscheidend kam es hier auf die Formulierung des § 88 Satz 2 BBG an, wonach Beamtinnen und Beamten ab einer bestimmten Bagatellgrenze für die dienstlich angeordnete oder genehmigte Mehrarbeit, die sie über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus leisten, entsprechende Dienstbefreiung zu gewähren ist. Entsprechende Dienstbefreiung in diesem Sinne heiße bei Bereitschaftsdienst – ebenso wie bei Volldienst – voller Freizeitausgleich im Verhältnis »1 zu 1«. Dies ergebe sich aus der Auslegung dieser Bestimmung nach Wortlaut, Sinn und Zweck sowie ihrer Entstehungsgeschichte.⁴⁹

Von besonderem Interesse sind mit Blick auf die Arbeitszeitrichtlinie die sich daran anschließenden Ausführungen des BVerwG zum Unionsrecht: Nach der Rechtsprechung des EuGH sei Bereitschaftsdienst hinsichtlich der Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ohne Einschränkung wie Volldienst zu behandeln. Die Anwendung dieses Arbeitszeitbegriffs sei zwar auf den Regelungsbereich der Richtlinie beschränkt und erstrecke sich deshalb nicht auf Fragen der Vergütung. Beim Anspruch auf Freizeitausgleich für Mehrarbeit stehe aber der Umfang der zu leistenden Arbeitszeit selbst in Rede. Würde Bereitschaftsdienst nicht in vollem Umfang ausgeglichen, müssten die betroffenen Beamten ggf. mehr als die in der Arbeitszeitrichtlinie festgelegten 48 Wochenstunden arbeiten.⁵⁰ Mit diesen Erwägungen löst das BVerwG den Anspruch auf Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst aus dem besoldungsrechtlichen Bereich heraus und ordnet ihn vielmehr dem arbeitszeitrechtlichen Bereich zu. Dies wiederum ist von besonderer Bedeutung für die landesrechtlichen Regelungen über die Anrechnung von Bereitschaftsdiensten als Arbeitszeit, die § 88 BBG teilweise nachempfunden sind. In unionsrechtskonformer Auslegung muss auch auf Landesebene bei Bereitschaftsdienst im Verhältnis »1 zu 1« Freizeitausgleich gewährt werden. Gegen landesrechtliche Bestimmungen, die stattdessen nur eine teilweise Anrechnung von Bereitschaftszeiten auf die Arbeitszeit vorsehen, bestehen daher ganz erhebliche Bedenken.⁵¹

Ist die Dienstbefreiung aus zwingenden dienstlichen Gründen nicht möglich, kann der Ausgleich auch durch Mehrarbeitsvergütung erfolgen.⁵² Im besoldungsrechtlichen Bereich, also bei der Frage nach der Höhe der Mehrarbeitsvergütung, können Bereitschaftsdienste dagegen durchaus nur anteilige Berücksichtigung finden. Es gibt keinen Gleichklang zwischen dem Anspruch auf Freizeitausgleich und dem Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung, d.h. beim finanziellen Ausgleich kann der geringeren Intensität der Inanspruchnahme durch Bereitschaftsdienst – anders als beim Freizeitausgleich – durch einen Abschlag Rechnung getragen werden.⁵³

3. Einordnung der Rufbereitschaft

In der Folge stellt sich die Frage, wie es sich mit der Rufbereitschaft verhält. Ist auch diese unter Umständen vollumfänglich bei der Berechnung der Arbeitszeit und dementsprechend bei der Gewährung von Freizeitausgleich zu berücksichtigen?

Der oben beschriebene Bereitschaftsdienst kann als Pflicht definiert werden, sich an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort zu einem jederzeitigen Einsatz bereitzuhalten, wenn erfahrungsgemäß mit einer dienstlichen Inanspruchnahme zu rechnen ist.⁵⁴ Die Rufbereitschaft ist dagegen dadurch

gekennzeichnet, dass sich der Beamte nicht an einer vom Dienstherrn bestimmten Stelle bereithalten, sondern nur jederzeit erreichbar sein muss, um seine beruflichen Aufgaben auf Abruf wahrnehmen zu können.⁵⁵ Die Rufbereitschaft wird – anders als der Bereitschaftsdienst – nicht als Arbeitszeit eingestuft und ist demnach auch nicht bei der Berechnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zu berücksichtigen. Weiterhin wird für die Zeiten der Rufbereitschaft regelmäßig auch nur anteilig Freizeitausgleich gewährt.⁵⁶

Die Differenzierung zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft bereitet jedoch im Einzelfall Schwierigkeiten. Selbst wenn durch den Dienstherrn nur die Rufbereitschaft angeordnet wurde, kann dieser Dienst nach seiner konkreten Ausgestaltung tatsächlich als Bereitschaftsdienst einzuordnen sein. Dies gilt etwa für einen Einsatzleiter vom Dienst, der sich in einem engen Umkreis zum möglichen Einsatzort aufzuhalten hat, um im Fall einer Alarmierung den Einsatz sofort übernehmen zu können. Enge räumliche und zeitliche Vorgaben nehmen dem betreffenden Beamten die Möglichkeit, sich frei zu bewegen und sich auch anderen privaten Interessen und Hobbys oder familiären Angelegenheiten zu widmen.⁵⁷ Neben dieser örtlichen und zeitlichen Komponente, die sich naturgemäß gegenseitig bedingen, ist die Häufigkeit der dienstlichen Inanspruchnahme von entscheidender Bedeutung: Während die Rufbereitschaft lediglich sporadisch von Einsätzen unterbrochen werden darf, liegt Bereitschaftsdienst vor, wenn mit einer Alarmierung und einer sofortigen Einsatzübernahme in prognostisch verlässlicher Regelmäßigkeit zu rechnen ist.⁵⁸ In Anbetracht des Schutzzwecks der RL 2003/88/EG ist maßgebliches Abgrenzungskriterium, dass der Beamte während der Rufbereitschaft in hinreichendem Maße Ruhe und Erholung finden kann; die Einordnung als Rufbereitschaft fordert daher eine weitgehend freie Gestaltung der privaten Aktivitäten in diesem Zeitraum.⁵⁹ Liegt in Abgrenzung dazu nach der konkreten Ausgestaltung des Dienstes tatsächlich Bereitschaftsdienst vor, sind die Arbeitszeitvorgaben der RL 2003/88/EG einzuhalten und es ist vollumfänglich Freizeitausgleich zu gewähren.

49 BVerwG, Urt. v. 17.11.2016 – 2 C 23/15 –, BVerwGE 156, 262–272, Rn. 16 ff.

50 BVerwG, Urt. v. 17.11.2016 – 2 C 23/15 –, BVerwGE 156, 262–272, Rn. 20.

51 Vgl. Nds. OVG, Urt. v. 25.01.2011 – 5 LC 178/09 –, juris, Rn. 31 zu Nr. 5.2 der Arbeitszeitregelung für den nds. Polizeivollzugsdienst: »Die genannte Bestimmung ist jedoch rechtsfehlerhaft.«; aufgrund eines vor dem BVerwG geschlossenen Vergleichs ist diese Entscheidung nicht rechtskräftig geworden.

52 Vgl. § 88 BBG u. die teils gleichlautenden landesrechtlichen Bestimmungen.

53 BVerwG, Urt. v. 17.11.2016 – 2 C 23/15 –, juris, mit Anm. von der Weiden, jurisPR-BVerwG 7/2017, Anm. 1, vgl. auch EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C-518/15 –, juris, Rn. 48 ff.

54 BVerwG, Urt. v. 22.01.2009 – 2 C 90/07 –, juris; vgl. auch Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 2 Rn. 6 f. und Rn. 11 c.

55 EuGH, Beschl. v. 14.07.2005 – C-52/04 –, juris, Rn. 17.

56 Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.11.2016 – 2 C 23/15 –, BVerwGE 156, 262–272, Rn. 23 f. m.w.N.; kritisch dazu Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 2 Rn. 6 m.w.N.

57 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 26.06.2013 – 4 S 94/12 –, juris, Rn. 19 ff. vgl. auch EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C-518/15 –, juris, Rn. 61 ff., wonach bei der Verpflichtung, sich innerhalb von acht Minuten am Einsatzort einzufinden, Arbeitszeit vorliegt.

58 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 26.06.2013 – 4 S 94/12 –, juris, Rn. 23 ff.

59 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 26.06.2013 – 4 S 94/12 –, juris, Rn. 23 ff.

4. Ruhephasen bei mehrtägigen Großeinsätzen

Wird im Rahmen mehrtägiger polizeilicher Großeinsätze, die eine Unterbringung der Beamten vor Ort bedingen, z.B. bei Castor-Transporten oder dem G20-Gipfel in Hamburg, für die Ruhephasen Bereitschaftsdienst angeordnet, ist die arbeitszeitrechtliche Einordnung nach den oben dargestellten Grundsätzen unproblematisch: Die Bereitschaftsdienste sind entsprechend den Vorgaben der RL 2003/88/EG vollumfänglich als Arbeitszeit zu berücksichtigen. Freizeitausgleich ist im Verhältnis 1:1 zu gewähren, bei der Mehrarbeitsvergütung kann dagegen ein Abschlag erfolgen.⁶⁰

In der polizeilichen Praxis kommt es nun aber durchaus vor, dass für Ruhephasen bei mehrtägigen polizeilichen Großeinsätzen kein Bereitschaftsdienst mehr angeordnet wird. Dies wirft die Frage auf, ob die Unterbringung fern von Heimat und Familie, bspw. in einem Containerdorf im Wendland, in diesen Fällen als Arbeitszeit oder als Freizeit zu werten ist. Maßgebliches Abgrenzungskriterium muss entsprechend den oben dargelegten Grundsätzen auch hier sein, ob der Beamte während der Ruhephasen tatsächlich in hinreichendem Maße Ruhe und Erholung finden und seine privaten Aktivitäten in diesem Zeitraum weitgehend frei gestalten kann. Soweit die Beamten hier tatsächlich keinerlei Verpflichtungen gegenüber dem Dienstherrn unterliegen und sie ohne Unterbrechung ihren eigenen Interessen nachgehen können, spricht dies für eine vollwertige Ausgleichsruhezeit.⁶¹ Kommt es im Rahmen von Großeinsätzen dagegen regelmäßig zu einer Inanspruchnahme der Beamten oder liegen Anzeichen (etwa aufgrund des geringen Kräfteansatzes) dafür vor, dass der Dienstherr die Inanspruchnahme im Bedarfsfall einplant, dürfte tatsächlich von Bereitschaftsdienstzeiten auszugehen sein. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, ob die Beamten nach Art der Unterbringung am möglichen Einsatzort überhaupt Ruhe und Erholung finden können. Weiterhin ist entscheidend, ob es Vorgaben des Dienstherrn dahingehend gibt, den Ort der Unterbringung während der Ruhephasen nicht für längere Zeit zu verlassen. Besonders belastend ist für die Beamten der Umstand, dass es hier faktisch in der Regel keinerlei Möglichkeit gibt, sich in den häuslichen Privatbereich zurückzuziehen oder sich familiären Angelegenheiten vor Ort zu widmen. Ob insoweit noch von einer freien Gestaltung der an sich arbeitsfreien Zeit gesprochen werden kann, ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Eine grundsätzliche Einordnung als Arbeitszeit oder Freizeit erscheint insoweit problematisch. In den Blick zu nehmen ist stattdessen die jeweilige Ausgestaltung des Einsatzes im konkreten Einzelfall.

IV. Die Inanspruchnahme von Ausnahmen

Die RL 2003/88/EG definiert in ihrem Kapitel 5 verschiedene Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeiten. Für die Polizei ist insbesondere Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 einschlägig, wonach Ausnahmen von den Artikeln 3 (tägliche Ruhezeit), 4 (Ruhepause), 5 (wöchentliche Ruhezeit), 8 (Dauer der Nacharbeit) und 16 (Bezugszeiträume) zulässig sein können. Zwar wird die Polizei nicht explizit erwähnt, es handelt sich bei den in Abs. 3 genannten Tätigkeiten aber nicht um eine abschließende Aufzählung, somit kann sie sehr wohl darunter subsumiert werden.⁶² Die Anwendung dieser Ausnahmen ist grundsätzlich fakultativ, das bedeutet, dass sich der zuständige Ordnungsgeber bewusst dafür entscheiden muss, ihre Anwendung zuzulassen. Eine Verpflichtung zur

Umsetzung in das nationale Recht geht mit fakultativen Ausnahmen nicht einher.⁶³ So ist gem. Art. 17 Abs. 2 Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Ausnahmen, dass sie explizit im Wege von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern vorgesehen werden. Zudem sind bei der Inanspruchnahme solcher Ausnahmen gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder subsidiär, also soweit dies aus objektiven Gründen nicht möglich ist, auf andere Weise ein angemessener Schutz zu gewährleisten. Von besonderer Bedeutung für die Polizei sind die Buchstaben c und d des Art. 17 Abs. 3. So sind Abweichungen zulässig, um die Kontinuität des Dienstes zu gewährleisten, oder im Fall eines vorhersehbaren übermäßigen Arbeitsanfalls. Allerdings muss bei der Diskussion um Ausnahmen berücksichtigt werden, dass damit ein durch die Charta gewährtes Grundrecht (Art. 31) eingeschränkt wird.⁶⁴ Gem. Art. 52 Abs. 1 der Charta muss jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Der EuGH weist wiederholt eindringlich darauf hin, dass Ausnahmen eng auszulegen sind und ihr Anwendungsbereich unter Berücksichtigung des Arbeitsschutzgedankens auf das unbedingt Erforderliche begrenzt werden muss.⁶⁵

1. Ausnahmemöglichkeiten bei Großeinsätzen

Bei Großeinsätzen ist zunächst zu prüfen, ob die Arbeitszeitrichtlinie entsprechend den oben dargestellten Grundsätzen überhaupt Anwendung findet. Dies ist nicht der Fall, wenn es sich um eine Situation von besonderer Schwere und besonderem Ausmaß handelt, die dadurch gekennzeichnet ist, dass eine Arbeitsplanung für die Einsatzteams nicht möglich ist. Als Beispiel für einen derartigen Großeinsatz kann etwa der Amoklauf in München am 22.07.2016 angeführt werden.

Bei Großeinsätzen, die monatelang im Voraus geplant werden, dürfte die Arbeitszeitrichtlinie dagegen regelmäßig Anwendung finden. Bei besonderen Großeinsätzen, die von einem vorhersehbaren und übermäßigen Arbeitsanfall geprägt sind, kann es gem. Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Buchst. d) zulässig sein, von den Regelungen der Richtlinie

60 So auch zum Castor-Transport Nds. OVG, Urt. v. 25.01.2011 – 5 LC 178/09 –, juris (aufgrund eines Vergleiches vor dem BVerwG nicht in Rechtskraft erwachsen).

61 Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.11.2016, – 2 C 23/15 –, juris, Rn. 28; EuGH, Urt. v. 09.09.2003 – C-151/02 –, juris, Rn. 94; EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – C-428/09 –, juris, Rn. 50.

62 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – C-428/09 –, juris, Rn. 48 f.; EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – Rs. C-303/98 –, juris, Rn. 42–45; EuGH, Beschl. v. 03.06.2001 – C-241/99 –, juris, Rn. 29–32; EuGH, Urt. v. 05.10.2004 in den verbundenen Rs. – C-397/01 bis C-403/01 –, juris, Rn. 97; EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 –, juris, Rn. 49.

63 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2010, – C-227/09 –, juris, Rn. 51 ff.; Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 17 Rn. 7.

64 Vgl. zu Art. 31 GR-Charta auch Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2003/88/EG, Art. 1 Rn. 25 ff.

65 EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-303/98 –, juris, Rn. 35; EuGH, Urt. v. 06.06.2010 – C-428/08 –, juris, Rn. 24, 40; EuGH, Urt. v. 09.09.2003 – C-151/02 –, juris, Rn. 89; EuGH, Urt. v. 26.07.2017 – C-175/16 –, juris, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C-518/15 –, juris, Rn. 38.

soweit abzuweichen, wie dies erforderlich ist, um die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten. Im Rahmen des G20-Gipfels in Hamburg dürfte es sich aufgrund der außergewöhnlichen Gewaltausbrüche wohl nicht mehr um einen vorhersehbaren Arbeitsanfall in diesem Sinne gehandelt haben. Hier war es aber zweifelsfrei erforderlich, die Kontinuität des Dienstes zu gewährleisten, um die öffentliche Sicherheit wiederherzustellen (Art. 17 Abs. 3 Buchst. c). Da Art. 17 Abs. 3 auf Abs. 2 verweist, wären in beiden Fällen entsprechende Ausgleichsruhezeiten oder zumindest ein angemessener Schutz zu gewährleisten.

Auch bei der Planung von Großeinsätzen sind Bereitschaftszeiten wie oben ausgeführt als volle Arbeitszeit zu berücksichtigen. Die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie sind daher trotz der Anordnung von Bereitschaftsdiensten zunächst vollumfänglich einzuhalten. Wird bspw. geplant, dass Einheiten 12 Stunden im Einsatz sind und anschließend 12 Stunden Bereitschaft angeordnet, kann die vorgeschriebene tägliche Ruhezeit von 11 Stunden nach Art. 3 RL 2003/88/EG nicht eingehalten werden. Auch hier ist also zunächst zu prüfen, ob die Inanspruchnahme einer Ausnahme zulässig ist. Es bedarf einer Prognose, ob die Reduzierung des Schutzniveaus erforderlich ist, bspw. um für den Fall einer Lageverschärfung die Kontinuität des Dienstes zu gewährleisten. Ist dies der Fall, müssen gem. Art. 17 Abs. 2 RL 2003/88/EG Ausgleichsruhezeiten bzw. subsidiär ein angemessener Schutz gewährt werden. Ausgleichsruhezeiten können allerdings nur solche Zeiten sein, in denen der Beamte seinem Dienstherrn gegenüber keinerlei Verpflichtungen unterliegt.⁶⁶ Somit kann die Bereitschaftszeit, auch wenn die Beamten nicht alarmiert werden und bspw. im Hotel schlafen, nicht als Ausgleichsruhezeit gewertet werden. Es muss stattdessen ein angemessener Schutz gewährt werden, der es den Beamten nach der Rechtsprechung des EuGH ermöglichen soll, sich zu entspannen und von der mit der Wahrnehmung ihrer Aufgaben verbundenen Ermüdung zu erholen.⁶⁷ Die Kommission ist zudem der Auffassung, dass in Einklang mit dem Ziel der Richtlinie, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten, der angemessene Schutz auch während des gesamten Zeitraums ausreichend sein muss, um zusätzlich zu dem gleichwertigen Ausgleich nach dem betreffenden Zeitraum eine Erholung zu gewährleisten.⁶⁸

Im Hinblick auf die Inanspruchnahme von Ausnahmen bei Großeinsätzen ist zudem zu betonen, dass es nicht zulässig wäre, die Arbeitszeitregelungen mit dem Argument eines (immer wieder) vorübergehenden erhöhten Arbeitsanfalls oder zur Gewährleistung der Kontinuität des Dienstes dauerhaft außer Kraft zu setzen. Sollten also solche Großlagen zu einem regelmäßig wiederkehrenden Phänomen werden, hätte der Dienstherr die Pflicht, darauf zu reagieren und für die zu bewältigenden Aufgaben in ausreichendem Maße Personal zur Verfügung zu stellen.⁶⁹ Gleiches gilt im Übrigen auch für den Wach- und Wechselschichtdienst.

2. Ausnahmen im Wach- und Wechselschichtdienst

Der noch in einigen Bundesländern und beim Bund praktizierte sog. »Doppelschlag«, also die Ableistung einer Früh- schicht gefolgt von einer verkürzten, bei weitem nicht den Anforderungen des Art. 3 RL 2003/88/EG entsprechenden Ruhezeit und einer sich anschließenden bis zu zehn- oder gar zwölfstündigen Nachtschicht, wird teils unter Rückgriff auf

die Ausnahme zur Gewährleistung der Kontinuität des Dienstes gem. Art. 17 Abs. 3 Buchst. c) gerechtfertigt. Von Gewerkschaftsseite wird zur Begründung zudem häufig auf das sog. »Rucksackmodell«⁷⁰ verwiesen. Dieses auf einem Urteil des EuGH basierende Modell besagt, dass die nach Art. 17 Abs. 2 zu gewährende Ausgleichsruhezeit aus einer Anzahl zusammenhängender Stunden entsprechend der vorgenommenen Kürzung bestehen und vor der folgenden Arbeitsperiode gewährt werden muss.⁷¹ Dabei wird in der Diskussion oft übersehen, dass der EuGH mit dem Rucksackmodell lediglich die zeitliche Komponente zur Ausgleichsruhezeit definiert und dies nur zur Anwendung kommen kann, wenn es überhaupt erst zulässig ist, eine Ausnahme in Anspruch zu nehmen. Ganz im Gegenteil hebt der EuGH im selben Urteil hervor, dass in Anbetracht der hohen Bedeutung des Gesundheits- und Unfallschutzes jedem Arbeitnehmer angemessene Ruhezeiten zu gewähren sind, die nicht nur effektiv sein müssen, indem sie es den Betroffenen erlauben, sich von der durch ihre Arbeit hervorgerufenen Ermüdung zu erholen, sondern auch vorbeugenden Charakter haben müssen, indem sie die Gefahr einer Verschlechterung der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer, die in der Kumulierung von Arbeitsphasen ohne die erforderliche Ruhepause liegen kann, so weit wie möglich verringern.⁷² Prüft man nun also die Zulässigkeit der Inanspruchnahme einer Ausnahme für den sog. »Doppelschlag« oder »verkürzten Wechsel«, stellt sich die Frage, ob die Verkürzung der Ruhezeit verhältnismäßig und hier insbesondere erforderlich ist, um die Kontinuität des Dienstes respektive die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit zu gewährleisten. In der Praxis zeigt sich jedoch, dass mit dem gleichen Personalansatz, der für den Doppelschlag benötigt wird, die Kontinuität des Dienstes auch durch richtlinienkonforme Regelzeitmodelle gewährleistet ist.⁷³ Der Rückgriff auf den »Doppelschlag« bzw. »verkürzten Wechsel« ist daher regelmäßig nicht erforderlich und in der Folge unverhältnismäßig. Auch ist zu berücksichtigen, dass das Schutzniveau im Wechselschichtdienst bereits dadurch reduziert wird, dass in der Regel keine festen Ruhepausen während der Schicht (Art. 6 RL 2003/88/EG) gewährt werden.⁷⁴ Hierzu führt auch die Kommission aus, dass bei Absenkung des in der Richtlinie vorgesehenen Schutzniveaus durch die kumulative Inanspruchnahme von Abweichungen zusätzliche Schutzmaßnahmen erforderlich sein können, um das Ziel der Richtlinie, die Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen, nicht zu gefährden.⁷⁵ Zudem steht diese Art der Dienstleistung den Erkenntnissen zur menschengerechten Gestaltung von Schichtarbeit diametral entgegen.⁷⁶ Darüber hinaus wird eine derartige Arbeits-

66 EuGH, Urt. v. 09.09.2003 – C-151/02 –, Rn. 94; EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – C-428/09 –, juris, Rn. 50.

67 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – C-428/09 –, juris, Rn. 59.

68 Europäische Kommission, 2017, S. 52.

69 Vgl. BVerfG, Urt. v. 11.03.2008 – 2 BvR 263/07 –, juris, Rn. 10.

70 Deutsche Polizeigewerkschaft 2015, S. 6.

71 EuGH, Urt. v. 09.09.2003 – C-151/02 –, juris, Rn. 97.

72 EuGH, Urt. v. 09.09.2003, – C-151/02 (Jäger) –, juris, Rn. 92.

73 Vgl. Bürger, 2015, S. 185 ff., 390 ff.

74 Der Verzicht auf feste Ruhepausen kann, soweit Ausgleichsruhezeiten oder subsidiär angemessener Schutz gewährt werden, i.d.R. als richtlinienkonform betrachtet werden, vgl. Bürger, 2015, S. 174.

75 Europäische Kommission, 2017, S. 44.

76 Vgl. Bürger, 2015, S. 124 ff.

zeitgestaltung nicht dem von der Richtlinie eingeforderten und im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung zu berücksichtigenden besonderen Schutzbedürfnis für Nacht- und Schichtarbeiter gerecht. So kann auch eine Vereinbarung zwischen den Personalvertretungen und dem Dienstherrn über eine grundsätzliche Zulassung des sog. »Doppelschlages« im Wach- und Wechselschichtdienst, insbesondere in Verbindung mit langen Nachtschichten,⁷⁷ weder im Lichte des Unionsrechts noch des Arbeitsschutzes bestehen.

3. Verantwortlichkeit bei der Nichteinhaltung von Schutzvorschriften

Neben den bereits angeführten europarechtlichen Konsequenzen ist im Kontext der konkreten Folgen der Nichteinhaltung von Schutzvorschriften zudem das Arbeitsschutzgesetz anzuführen. Der Arbeitgeber bzw. Dienstherr hat gem. §§ 3 bis 5 ArbSchG die Pflicht, die Gefahren für seine Mitarbeiter zu minimieren, bspw. solche, die sich aus Arbeitsabläufen und Arbeitszeit sowie deren Zusammenwirken ergeben. Insbesondere für die Arbeitsabläufe des Wach- und Wechselschichtdienstes sind Wachsamkeit, Aufmerksamkeit und Reaktionsfähigkeit essentielle Voraussetzungen für jede Entscheidung, die beim Polizeidienst gravierende Folgen haben kann. Zudem ist die Intensität der Belastung hier nur schwer vorhersehbar. Im Hinblick auf die Arbeitszeit wird im Kontext der hier angeführten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse deutlich, dass lange Arbeitszeiten und insbesondere Nachtschichten per se ein deutlich gesteigertes Unfallrisiko aufgrund minimierter Wachsamkeit und Reaktionsfähigkeit aufweisen.⁷⁸ In der Betrachtung der Kombination aus Arbeitsabläufen und Arbeitszeit zeigt sich unzweifelhaft, dass hier die Gefährdung für die Mitarbeiter nicht reduziert, sondern erheblich und in unverantwortbarem Maß erhöht wird.⁷⁹ Dabei wurde bereits konkret für den Wach- und Wechseldienst bei der Polizei gerichtlich festgestellt, dass die Nichteinhaltung der sich aus Art. 3 der RL 2003/88/EG ergebenden Ruhezeit gegen das Fürsorgeprinzip verstößt.⁸⁰ Daraus lassen sich neben einem zivilrechtlichen Mitverschulden des Anordnenden, bspw. bei einem im Zusammenhang mit Ermüdung verursachten Unfall, auch Leistungsansprüche durch die unzumutbare Belastung ableiten.⁸¹ Am gravierendsten ist allerdings die Folge, die sich aus der unzureichend erfüllten Pflicht des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn zur Gefahrenminimierung nach dem ArbSchG ergibt. Denn bei der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers handelt es sich um eine Garantenpflicht i.S.d. § 13 StGB.⁸² So könnte ein Verkehrsunfall einer Streife bei einer Einsatzfahrt um vier Uhr morgens gegen Ende einer zehn- oder gar zwölfstündigen Nachtschicht, bei dem Müdigkeit als Ursache eine Rolle gespielt haben könnte, auch für diejenigen mit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit enden, die diese Dienstzeiten angeordnet oder toleriert haben.⁸³ »Besonders kritisch sind natürlich die Kombination »Nachtarbeit plus lange Schichtdauer« oder Situationen, in denen es um die öffentliche Sicherheit geht.«⁸⁴ Vor diesem Hintergrund laufen auch Bestrebungen in die Leere, für die Polizei über Art. 18 der RL 2003/88/EG in einer Vereinbarung der Sozialpartner systematisch von der Richtlinie abzuweichen. Dies hätte keinen Einfluss auf die vorzunehmende Bewertungs- und Gefahrenminimierungspflicht nach dem Arbeitsschutzgesetz.

V. Fazit

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass die Arbeitszeitrichtlinie einen essentiellen Grundpfeiler für die Sicherheit und die Gesundheit der Polizeibeamten darstellt. Entsprechend muss bei der Diskussion über die Inanspruchnahme von Ausnahmen immer beachtet werden, dass damit ein absolutes Mindestschutzniveau reduziert wird. Die rechtlichen Vorgaben berücksichtigen allerdings lediglich die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bzw. Beamten, nicht dagegen die eingeschränkte soziale Teilhabe, insbesondere bei Schichtdienstmodellen. Bei konsequenter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden müssten die Beamten fünf Mal pro Woche im Schichtdienst arbeiten. Aufgrund der atypischen Lage der Arbeitszeit bedeutet dies letztlich, dass ein Sozialleben in einer »Feierabend- und Wochenendgesellschaft«⁸⁵ kaum noch möglich erscheint. Dies ist auch ein Grund, warum die Gewerkschaften sich vehement für den »Doppelschlag« einsetzen.⁸⁶ Doch letztlich kann dieser Gordische Knoten nicht dadurch zerschlagen werden, dass die Beamten in einer jeglichen arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen widersprechenden und europarechtswidrigen Weise zum Dienst herangezogen werden. Lösungsansätze bietet stattdessen eine der individuellen Belastung entsprechende reduzierte wöchentliche Arbeitszeit, die durch eine Faktorisierung der Arbeitszeit gewährleistet werden kann. So könnten gesundheitlich beeinträchtigende Zeiten (täglich von 02:00 bis 06:00 Uhr) und sozial beeinträchtigende Zeiten (Montag bis Freitag von 18:00 bis 02:00 Uhr sowie Samstag und Sonntag von 06:00 bis 02:00 Uhr) jeweils mit unterschiedlichen Zeitaufschlägen angerechnet werden. Diese Methode hätte den Vorteil, dass jeder, der zu den genannten Zeiten Dienst leistet, entsprechend zusätzliche Regenerationszeiten zur Verfügung gestellt bekäme (auch Beamte, die nicht regelmäßig Schichtdienst leisten, z.B. Bereitschaftspolizisten). Somit wäre zum einen dem Grundsatz des Belastungs-Banspruchungs-Modells Genüge getan, denn die individuelle Belastung durch die Lage des Dienstes würde durch eine Verringerung der Arbeitszeit reduziert.⁸⁷ Zum anderen könnte auf diese Weise auch den Forderungen der RL 2003/88/EG

77 Deutsche Polizeigewerkschaft, 29.01.2018.

78 Vgl. auch *Bell/Virden/Lewis et al.*, 2015.

79 Vgl. hierzu insb. *Bürger/Nachreiner*, im Druck.

80 Vgl. VG Sigmaringen, Beschl. v. 05.08.2008 – 5 K 1287/08 – V.n.b.; VG Sigmaringen, Beschl. v. 05.08.2011 – 5 K 3912/10 – V.n.b.

81 Zum zivilrechtlichen Mitverschulden vgl. bereits BAG, Urt. v. 28.04.1970 – 1 AZR 146/69 –, juris, Rn. 22; zur unzumutbaren Belastung vgl. BVerwG, Urt. v. 28.05.2003 – 2 C 28/02 –, juris, Rn. 16; OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 30.09.2008 – 1 L 119/08 –, juris, Rn. 8.

82 BGH, Urt. v. 25.06.2009 – 4 StR 610/08 –, juris, Rn. 24; zum Organisationsverschulden des Arbeitgebers bei ermüdungsbedingten Unfällen vgl. auch LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 08.02.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003 –, juris, Rn. 49 ff.

83 Auch im Fall LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 08.02.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003 –, juris, Rn. 49 ff. ergibt sich die Pflichtwidrigkeit des Arbeitgebers u.a. aus einem systematischen Verstoß gegen unionsrechtliche Vorschriften zu Ruhezeiten.

84 Vgl. *Knauth/Hornberger*, 1997, S. 46.

85 *Neuloh*, 1964, S. 51.

86 *Gewerkschaft der Polizei, Landesbezirk Bayern/Deutsche Polizeigewerkschaft*, 29.10.2017.

87 Vgl. *Bürger/Nachreiner*, im Erscheinungsvorgang.

nach einem besonderen Schutz für Nacht- und Schichtarbeiter Rechnung getragen werden.

VI. Literaturverzeichnis

Åkerstedt, T. (1995). Work hours, sleepiness and the underlying mechanisms, in: *Journal of Sleep Research*, 4, S. 15–22.

Anderson, E. (2014). Human Dignity as a Concept for the Economy, in: Mieth, Dietmar/Braarvig, Jens/Düwell, Marcus u.a. (Hrsg.), *The Cambridge handbook of human dignity, Interdisciplinary perspectives*, Cambridge, S. 492–496.

Beermann, B. (2010). Nacht- und Schichtarbeit, in: Badura, B./Schröder, H./Klose, J.u.a. (Hrsg.), *Fehlzeitenreport 2009, Arbeit und Psyche: Belastungen reduzieren – Wohlbefinden fördern*, Berlin, S. 71–82.

Bell, L. B./Virden, T. B./Lewis, D. J., et al. (2015). Effects of 13-Hour 20-Minute Work Shifts on Law Enforcement Officers' Sleep, Cognitive Abilities, Health, Quality of Life, and Work Performance, in: *Police Quarterly*, 18, Nr. 3, S. 293–337.

Bogg, A. (2014). Article 31 – Fair and Just Working Conditions, in: Peers, Steve (Hrsg.), *The EU charter of fundamental rights, A commentary*, Oxford, S. 833–868.

Bürger, B./Nachreiner, F. (im Druck). Erkenntnisse zu Belastung und Beanspruchung im Wach- und Wechselschichtdienst der Polizei. Ausgangslage, Folgen und Gestaltungsbedarf, in: Fischbach, Andrea/Lichtenthaler, P. (Hrsg.), *Gesünder leben in der Polizei*, Frankfurt am Main

Bürger, B. (2015). Arbeitszeitmodelle für den Streifendienst der Polizei Eine interdisziplinäre Analyse am Beispiel der Bayerischen Polizei, Frankfurt am Main.

Deutsche Polizeigewerkschaft (2015). Arbeitszeit Dafür steht die DPoIG, https://www.dpolg-bayern.de/fileadmin/user_upload/dpolg-bayern.de/themen/Positionspapier_Arbeitszeit_mit_Logo_300615.pdf, abgerufen am 25.05.2017.

Deutsche Polizeigewerkschaft (2018). Einigung bei Arbeitszeit erreicht, https://www.dpolg-bayern.de/fileadmin/user_upload/dpolg-bayern.de/Info/2018/Info02-Einigung_bei_Arbeitszeit_080118.pdf, abgerufen am 29.01.2018.

DIN SPEC 33418 (2014). Ergonomische Grundlagen bezüglich psychischer Arbeitsbelastung – Ergänzende Begriffe und Erläuterungen zu DIN EN ISO 10075–1:2000–11, Berlin.

Europäische Kommission (2017). Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 24.05.2017 (2017/C 165), Brüssel.

Folkard, S./Lombardi, D. A. (2004). Toward a »Risk Index« to assess work schedules, in: *Chronobiology International*, 11, Nr. 6, S. 1063–1072.

Folkard, S./Lombardi, D. A. (2006). Modeling the impact of the components of long work hours on injuries and »accidents«, in: *American Journal of Industrial Medicine*, 11, Nr. 49, S. 953–963.

Franzen, M./Gallner, I./Oetker, H. (2018). Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, München.

Gewerkschaft der Polizei, Landesbezirk Bayern/Deutsche Polizeigewerkschaft, L. Bayern (29.10.2017). Gemeinsame Erklärung der Berufsvertretungen GdP und DPoIG zu »Neuen Arbeitszeitmodellen«, https://www.dpolg-bayern.de/fileadmin/user_upload/dpolg-bayern.de/Aktuelles/Gemeinsame_Erklaerung.pdf, abgerufen am 29.10.2017.

Habich, A. (2006). Sicherheits- und Gesundheitsschutz durch die Gestaltung von Nacht- und Schichtarbeit und die Rolle des Betriebsrates, Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2004, Bd. 4386, Frankfurt am Main.

Häneck, K./Tiedemann, S./Nachreiner, F., et al. (1998). Accident risk as a function of hour at work and time of day as determined from accident data and exposure models for the German working population., in: *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, 24, S. 43–48.

Knauth, P.; Hornberger, S. (1997). Schichtarbeit und Nachtarbeit Probleme – Formen – Empfehlungen, 4. Aufl., München.

Kothe, W. (2017). Rechtliche Voraussetzungen zur Regulierung von Arbeitszeit, in: Romahn, Regine (Hrsg.), *Arbeitszeit gestalten, Wissenschaftliche Erkenntnisse für die Praxis*, Marburg, S. 23–34.

Nachreiner, F./Akkermann, S./Häneck, K. (2000). Fatal accident risk as a function of hours into work, in: Hornberger, S./Knauth, P./Costa, G.u.a. (Hrsg.), *Shiftwork in the 21st century, Challenges for research and practice*, S. 19–24.

Nachreiner, F.; Rädiker, B.; Janßen, D., et al. (2005). Untersuchungen zum Zusammenhang zwischen der Dauer der Arbeitszeit und gesundheitlichen Beeinträchtigungen, Oldenburg.

Neuloh, O. (1964). Sozialisation und Schichtarbeit, in: *Soziale Welt*, 15 (1), S. 50–70.

Rohmert, W. (1983). Formen menschlicher Arbeit, in: Rohmert, W./Rutenfranz, J. (Hrsg.), *Praktische Arbeitsphysiologie*, Stuttgart, New York, NY, S. 5–29.

Rohmert, W. (1984). Das Belastungs-Beanspruchungskonzept, in: *Zeitschrift für Arbeitswissenschaft*, 38 (4), S. 193–200.

Schmidtke, H./Bubb, H. (1993). Das Belastungs-Beanspruchungskonzept, in: Schmidtke, H. (Hrsg.), *Ergonomie*, Wien, S. 116–120.

Spencer, M./Robertson, K./Folkard, S. (2006). The development of a fatigue/risk index for shiftworkers, <http://www.hse.gov.uk/research/rrpdf/rr446.pdf>, abgerufen am 03.04.2014.

Streinz, R. (2012). EUV/AEUV, Kommentar, München.

Tucker, P./Folkard, S./Macdonald, I. (2003). Rest breaks reduce accident risk, in: *The Lancet*, 361, S. 680.

Wirtz, A. (2010). Gesundheitliche und soziale Auswirkungen langer Arbeitszeiten, Dortmund, Berlin, Dresden.