



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 LB 133/21

VG: 6 K 249/15

Im Namen des Volkes!

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

– Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter –

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch den Senator für Inneres,
Contrescarpe 22 - 24, 28203 Bremen,

– Beklagte, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin –

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Maierhöfer, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Stybel und den Richter am Verwaltungsgericht Bogner sowie die ehrenamtliche Richterin Strehmel und den ehrenamtlichen Richter Wehrs ohne mündliche Verhandlung am 27. Januar 2022 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 27.10.2020 abgeändert.

Die Beklagte wird unter entsprechender Aufhebung des Bescheids der Polizei Bremen vom 02.02.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Senators für Inneres vom 13.06.2012 verpflichtet, an den Kläger für den Zeitraum vom 01.04.2010 bis zum

31.05.2017 eine Verwendungszulage in Höhe von 1.542,15 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit beziehungsweise bei späterem Eintritt der Fälligkeit seit Fälligkeit zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger begehrt die Zahlung einer Verwendungszulage für die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben für den Zeitraum vom 01.04.2010 bis zum 31.05.2017.

Der Kläger war im Polizeidienst der Beklagten tätig; im Jahr wurde er in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit berufen. Zum 01.10.2004 wurde er zum Kriminalhauptkommissar (Besoldungsgruppe A 11) ernannt.

Vom 01.10.2008 bis zum 31.05.2017 wurde der Kläger als eingesetzt. Dieser Dienstposten wurde von der Beklagten mit der Besoldungsgruppe A 12 bewertet. Mit Ablauf des 31.05.2017 trat der Kläger in den Ruhestand.

Der Kläger beantragte am 06.09.2011 die Zahlung einer Verwendungszulage für die Wahrnehmung des höher bewerteten Dienstpostens. Mit Bescheid vom 02.02.2012 lehnte die Polizei Bremen die Zahlung einer Verwendungszulage ab. Zur Begründung führte sie aus, dass der Dienstposten dem Kläger nicht vorübergehend vertretungsweise, sondern dauerhaft übertragen worden sei. Außerdem lägen auch die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht vor, da dem Dienstposten keine konkreten Planstellen zugeordnet sei und keine freie Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 zur Verfügung gestanden habe.

Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 13.06.2012 als unbegründet zurück.

Der Kläger hat am 10.07.2012 Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben. Er ist der Auffassung, die Voraussetzungen für den Anspruch auf Zahlung einer Verwendungszulage seien ab dem 01.04.2010 gegeben. Die dauerhafte Dienstpostenübertragung stelle eine Vakanzvertretung dar. Die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen lägen ebenfalls vor. Die Beklagte könne nicht durch das Modell der Stellenbewirtschaftung das Vorliegen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen aushebeln. Dies verstoße gegen Art. 33 Abs. 5 GG.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

1. den Bescheid der Beklagten vom 02.02.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.06.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, an den Kläger für den Zeitraum 01.04.2010 bis 31.05.2017 eine Verwendungszulage in Höhe der Differenz zwischen dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 und dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 12 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen sowie
2. festzustellen, dass der langjährige Einsatz des Klägers auf einem höherwertigen Dienstposten rechtswidrig war.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie mit Schriftsatz vom 18.09.2020 eine umfangreiche Berechnung vorgelegt und diese mit Schriftsätzen vom 12.10.2020 und 15.10.2020 weiter erläutert. Die Zahlung der vollen Verwendungszulage scheide diesen Berechnungen zu Folge mangels ausreichender Stellenfinanzierung aus. Dem Kläger stehe für den Zeitraum vom 01.04.2010 bis zum 31.05.2017 ein Betrag in Höhe von 785,93 Euro zu. Diesen Betrag zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit hat sie mit Schreiben vom 09.10.2020 anerkannt.

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 27.10.2020 die Beklagte unter entsprechender Aufhebung des Bescheides der Polizei Bremen vom 02.02.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Senators für Inneres vom 13.06.2012 verpflichtet, dem Kläger eine Verwendungszulage in Höhe von 1.177,30 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu gewähren. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass die Beklagte in Höhe ihres Anerkenntnisses von 785,93 Euro ohne weitere Sachprüfung zu verurteilen sei.

Darüber hinaus habe der Kläger einen Anspruch in Höhe von weiteren 391,37 Euro. Nur insoweit lägen die Voraussetzungen des § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG in der am 31.08.2006 geltenden Fassung (im Folgenden: BBesG a.F.) i.V.m. § 1 Abs. 2 BremBesG vom 22.04.1999 in der bis zum 31.12.2016 geltenden Fassung (im Folgenden: BremBesG a.F.) bzw. § 79 BremBesG vom 20.12.2016 in der bis zum 30.04.2019 geltenden Fassung vor.

Zwar sei der Anspruch dem Grunde nach für den gesamten streitgegenständlichen Zeitraum vom 01.04.2010 bis zum 31.05.2017 gegeben. Dem Kläger seien in diesem Zeitraum Aufgaben eines gegenüber seinem Statusamt der Besoldungsgruppe A 11 höherwertigen Amtes – nämlich mit der Besoldungsgruppe A 12 bewertete Dienstposten – vorübergehend vertretungsweise übertragen gewesen. Er habe diese Aufgaben bei Beginn des streitgegenständlichen Zeitraums schon länger als 18 Monate ununterbrochen wahrgenommen. Die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine Beförderung in ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 12 habe er erfüllt.

Jedoch lägen die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Verwendungszulage nur teilweise vor. Diese seien nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt, wenn der Beförderung kein haushaltsrechtliches Hindernis entgegenstünde. Es handle sich insoweit um eine Einwendung des Dienstherrn, für die er die materielle Beweislast trägt. Die Beklagte habe die Einwendung des Nichtvorliegens der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen erhoben und durch Vorlage von Daten und Unterlagen hinreichend substantiiert. Trotz einzelner Unrichtigkeiten könne anhand der von der Beklagten beigebrachten Unterlagen und Daten bestimmt werden, ob und inwieweit in den einzelnen Monaten die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt waren. Eine Entscheidung nach den Grundsätzen über die materielle Beweislast sei daher ausgeschlossen.

Die Geltendmachung dieser Einwendung durch die Beklagte sei auch nicht treuwidrig. Zwar habe die Beklagte die notwendige Berechnung erst ein halbes Jahrzehnt nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Topfwirtschaft und nach mehrfacher gerichtlicher Aufforderung kurz vor der mündlichen Verhandlung vorgelegt. Jedoch sei die Vorlage innerhalb der vom Gericht nach § 87b Abs. 2 VwGO gesetzten Frist erfolgt. Des Weiteren habe die Beklagte nie erklärt, dass sie die Ergebnisse früherer,

weitgehend erfolgreicher Klagen anderer Polizeibeamter auf das Verfahren des Klägers übertragen wolle.

Von Juni bis Dezember 2010, Januar bis Mai 2012 und Januar bis Mai 2016 habe eine Sperrzeit die Übertragung eines höherwertigen Statusamtes haushaltsrechtlich ausgeschlossen. Vom 01.01.2012 bis zum 01.06.2012 und vom 01.01.2016 bis zum 22.06.2016 sei nach dem Auslaufen des vorangegangenen Haushaltsgesetzes noch kein neues Haushaltsgesetz in Kraft gewesen, so dass nach Art. 132a Abs. 1 BremLVerf Beförderungen nicht zulässig gewesen seien. Für den Zeitraum vom 11.05.2010 bis zum 31.12.2010 habe eine vom Senat der Freien Hansestadt Bremen erlassene Haushaltssperre (§ 41 LHO) Beförderungen ausgeschlossen.

Im verbleibenden Zeitraum seien die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen teilweise erfüllt gewesen. Für eine Beförderung müsse eine freie Planstelle der entsprechenden Wertigkeit zur Verfügung stehen. Übersteige im Falle der haushaltsrechtlichen „Topfwirtschaft“ die Anzahl der Anspruchsberechtigten die Anzahl besetzbarer Planstellen, stehe den Anspruchsberechtigten jeweils nur ein anteiliger Betrag an Verwendungszulage zu. Die Höhe der Ansprüche des Klägers ergebe sich daher daraus, dass man für jeden Monat den Betrag der vollen Verwendungszulage (hier: Differenz zwischen dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 und dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 12 in der Lebensalters- bzw. Erfahrungsstufe des Klägers) mit der Anzahl der freien Planstellen der Besoldungsgruppe A 12 bei der Polizei Bremen geteilt durch die Gesamtzahl der anspruchsberechtigten Beamten der Polizei Bremen aus der Besoldungsgruppe A 11 multipliziere.

Die Anzahl der freien Planstellen ergebe sich aus der Differenz zwischen den Stellen der betreffenden Besoldungsgruppe nach dem Stellenplan und den tatsächlich besetzten Stellen. Es sei nicht auf das beschlossene Personalbudget abzustellen. Die insoweit wortgleichen §§ 49 der Bundeshaushaltsordnung und der Landeshaushaltsordnungen – einschließlich der bremischen – („Ein Amt darf nur zusammen mit der Einweisung in eine besetzbare Planstelle verliehen werden“) brächten zum Ausdruck, dass das Personal haushaltsrechtlich nicht nach verfügbaren Mitteln, sondern nach Planstellen bewirtschaftet werde. Im Gegenzug sei es aber auch irrelevant, dass in einigen Monaten unter Missachtung von § 49 Abs. 1 BremLHO mehr Stellen als im Stellenplan vorgesehen besetzt waren. Bezüglich der Anzahl der besetzten Stellen könnten die Angaben der Beklagten übernommen werden. Soweit einige Änderungen bei der Besetzung der Planstellen in dem Programm zur Besoldungsabrechnung, auf dessen Daten die Beklagte zurückgegriffen habe, erst mit geringer zeitlicher Verzögerung übernommen wurden, habe sich dies nicht

zulasten, sondern zugunsten des Klägers ausgewirkt. Vorteilhaft sei der Rückgriff auf die Besoldungsdaten für den Kläger zudem deshalb, weil Teilzeitbeschäftigte dadurch nur mit ihrem Teilzeitanteil berücksichtigt würden. Offenbleiben könne, wie mit Planstellen umzugehen sei, die verwendet werden, um eine Person mit einem niedrigeren Statusamt zu ernennen. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass dies bei der Polizei Bremen praktiziert werde.

Bei der Berechnung der Gesamtzahl der Anspruchsberechtigten sei von den Angaben der Beklagten auszugehen, diese seien dann aber um einen Korrekturfaktor von 0,2 (mithin um 20%) zu reduzieren. Aufgrund der mindestens hohen dreistelligen Zahl möglicher Anspruchsberechtigter könne das Gericht deren Zahl nicht abschließend selbst bestimmen. Bei einer stichprobenartigen Überprüfung der Berechnungen der Beklagten anhand der Fälle von 11 Klägern und von 10 weiteren, nach dem Zufallsprinzip ausgewählten Beamten, die die Beklagte als anspruchsberechtigt bezeichnet hatte, seien in fünf Fällen für Teilzeiträume Fehler festgestellt worden. Solche Fehler in Einzelfällen seien letztendlich unvermeidlich, wenn man bedenke, dass die Beklagte 19.425 Datensätze anhand von 2.876 Personalakten habe überprüfen müssen. Insoweit sei die Problematik ähnlich wie bei der Durchführung eines Zensus. Dem sei unter Berücksichtigung der materiellen Beweislast der Beklagten dadurch Rechnung zu tragen, dass die von der Beklagten angegebene Zahl der Anspruchsberechtigten dergestalt um einen Korrekturfaktor vermindert werde, dass sich die für den Kläger beste (d.h. niedrigste) der möglichen Anzahlen ergibt. Dabei sei die Anzahl um 5 % zu korrigieren, weil die unzutreffend davon ausgegangen sei, dass die Neubewertung von Dienstposten Rückwirkung besitze. Die rückwirkende Neubewertung verändere die Anzahl der Anspruchsberechtigten nachteilig und reduziere damit im Nachhinein den Anspruch des Einzelnen auf Verwendungszulage, ohne dass es dafür eine gesetzliche Grundlage gebe. Im ersten Halbjahr 2010 seien zehn bisher nach A 11 bewertete Dienstposten neu nach A 12 bewertet worden; die Inhaberinnen und Inhaber dieser Dienstposten hätten wegen der 18-monatigen Wartezeit erst im Verlauf des zweiten Halbjahres 2011 als Anspruchsberechtigte berücksichtigt werden dürfen. Entsprechendes gelte für drei Dienstposten die im Jahr 2012, neun Dienstposten die im Jahr 2014, drei Dienstposten die im Jahr 2015, einen Dienstposten der im Jahr 2016, drei Dienstposten die im Jahr 2018 und sieben Dienstposten die im Jahr 2019 von A 11 auf A 12 angehoben wurden. Ausgehend davon, dass es im Jahr 2008 bei der Polizei Bremen 230 nach A 12 bewertete Dienstposten gegeben habe, sei davon auszugehen, dass die Beklagte die Anzahl der Anspruchsberechtigten um einen einstelligen Prozentsatz überschätzt habe. Eine weitere Korrektur der Angaben der Beklagten zur Anzahl der Anspruchsberechtigten um minus 10 % resultiere aus „allgemeinen Fehlern“. In drei der 21 überprüften Fälle (15 %) habe es

Fehler bei der Ermittlung des Anspruchszeitraums gegeben. Unter anderem sei in einem Fall nicht berücksichtigt worden, dass die Wahrnehmung der höherwertigen Tätigkeit mit einer Abordnung an die Bundespolizei geendet habe. Jedoch seien die festgestellten Fehler nicht ausschließlich zulasten des Klägers, sondern teilweise auch zulasten der Beklagten gegangen, weshalb der Korrekturfaktor etwas niedriger anzusetzen sei als die Fehlerquote von 15 %. Ein letzter Korrekturfaktor von 5 % folge aus der Komplexität des Bestimmungsverfahrens. Er sei erforderlich um möglicherweise unerkannt gebliebene Fehlerquellen auszugleichen. Keine Korrekturbedürftigkeit ergebe sich aus dem Umstand, dass die Beklagte in einigen Listen der Anspruchsberechtigten Personalnummern doppelt aufgeführt habe. Hierbei handle es sich um vereinzelte Übertragungsfehler beim Kopieren der Daten, die sich nicht auf das Ergebnis ausgewirkt hätten.

Anhand der vorstehend dargestellten Maßstäbe ergebe sich ein Anspruch in Höhe von 1.177,30 Euro.

Eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der vollen Verwendungszulage sei nicht möglich. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei die Erfüllung der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen auch dann nicht entbehrlich, wenn der Dienstherr systematisch dafür Sorge, dass die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen der Zulage nicht erfüllt seien. Dies gelte auch bei einem dauerhaften Überhang von Beförderungsdienstposten gegenüber entsprechenden Statusämtern. Beamtinnen und Beamte hätten einen Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung und könnten daher die dauerhafte Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit abwehren. Dem Kläger sei die volle Verwendungszulage auch nicht deswegen zuzusprechen, weil anderen Klägern in früheren Entscheidungen die volle Zulage nach Beweislastgrundsätzen zugesprochen wurde. Durch die von der Beklagten nunmehr vorgelegten Berechnungen scheidet eine Beweislastentscheidung aus. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag sei unzulässig, weil der Kläger wegen der Subsidiarität dieser Klageart die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens mit einer Leistungsklage hätte abwehren müssen. Sofern er auf Schadensersatz hinauswolle, sei er ebenfalls darauf zu verweisen, solche Ansprüche direkt geltend zu machen.

Auf den Antrag des Klägers hat der Senat mit Beschluss vom 25.03.2021 – 2 LA 429/20 – dessen Berufung gegen das Urteil vom 27.10.2020 zugelassen, soweit die Klage auf Aufhebung des Bescheides vom 02.02.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.06.2012 und Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Verwendungszulage abgewiesen wurde. Im Übrigen hat er den Zulassungsantrag abgelehnt.

Mit Beschluss vom 22.03.2021 – 2 LA 399/20 – hat der Senat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27.10.2020 zugelassen.

Zur Begründung seiner Berufung trägt der Kläger im Wesentlichen Folgendes vor: Das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung einer vollständigen Verwendungszulage nicht gegeben seien. Die von der Beklagten vorgelegte Berechnung sei nicht geeignet, das Fehlen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen aufzuzeigen. Ferner habe das Vorbringen der Beklagten nicht berücksichtigt werden dürfen, da deren Verhalten treuwidrig sei. Die vom Gericht entwickelte Korrektur über einen Korrekturfaktor sei nicht geeignet, die vorhandenen Fehler in der Berechnung adäquat auszugleichen. Das Verwaltungsgericht schätze die Anzahl möglicher Anspruchsberechtigter auf eine vierstellige Zahl und spreche selbst von einer Vielzahl von möglichen Fehlerquellen. Dennoch habe das Gericht neben 11 vorliegenden Klageverfahren lediglich 10 weitere Personalakten nach dem Zufallsprinzip überprüft. Schon in dieser sehr geringen Stichprobe konnten in 5 Fällen Fehler festgestellt werden, woraus sich bereits eine Fehlerquote von 24% ergebe. Sowohl aus dem groben Missverhältnis der herangezogenen Stichprobe zu der Anzahl der Gesamtfälle ($> 1\%$) wie auch aus der hohen Fehlerquote dieser Stichprobe ergebe sich für den Kläger eine unzumutbare und nicht eigens nachprüfbare Unsicherheit, die das Gericht schlicht mit dem Hinweis übergehe, dass es keine 100-prozentige Wahrscheinlichkeit geben könne.

Es könne nicht zu einer eingeschränkten Anspruchsprüfung zu Lasten des Klägers führen, dass die von der Beklagten verwendete Personalverwaltungssoftware nicht darauf ausgerichtet war, Nachweise von Ansprüchen auf Verwendungszulage zu ermöglichen. Da die Beklagte nicht in der Lage war, die eigenen Einwendungen korrekt zu berechnen und darzulegen, hätten diese zurückgewiesen werden müssen und es sei dem Kläger die volle Verwendungszulage zuzusprechen. Jedenfalls hätte das Verwaltungsgericht den Sachverhalt vollständig aufklären, die Datenlage überprüfen und die ermittelten Fehler beseitigen müssen.

Das Gericht hätte ferner feststellen müssen, dass die Erhebung der Haushaltseinrede durch die Beklagte sowie deren Ausführungen zur Substantiierung des diesbezüglichen Vortrages aufgrund des prozessualen Verhaltens treuwidrig seien. Das Gericht lasse im Wesentlichen außer Betracht, dass die Beklagte durch das eigene Prozessverhalten und die abgegebenen Erklärungen bei den Klägerinnen und Klägern schutzwürdiges Vertrauen dahingehend erzeugt habe, dass diese damit rechnen durften, dass die anspruchsberechtigten Beamten nach Ende der durchgeführten Pilotverfahren

gleichbehandelt würden. Die Kläger seien berechtigterweise davon ausgegangen, dass die eigenen Verfahren nicht mehr fortgeführt werden sollten und die vorab nach Beweislast entschiedenen Verfahren eine vollumfängliche Klärung herbeiführen sollten. Andernfalls hätte die Beklagte nie erreichen können, dass fast sämtliche Klage-, Antrags- und Widerspruchsverfahren ruhend gestellt worden seien. Es sei auch zu berücksichtigen, welche berechtigten Erwartungen die Beklagte dadurch geweckt habe, indem sie einheitlich gegenüber sämtlichen Beteiligten kommuniziert habe. Sie habe zu keinem Zeitpunkt erkennen lassen, dass sie die einzelnen Beamten am Ende unterschiedlich behandeln wolle. Vielmehr habe sie bereits im März 2012 sämtliche Anspruchsteller darum gebeten, ihre Widerspruchsverfahren ruhend zu stellen, um die grundlegenden Rechtsfragen im Rahmen eines Musterprozesses zu klären. Dem habe die Beklagte hinzugesetzt, dass sie im Zeitpunkt des Anschreibens Ansprüche auf Gewährung einer Verwendungszulage nicht anerkennen werde und habe damit suggeriert, dass das Ergebnis der Musterverfahren sodann übertragen und berücksichtigt werde. Dementsprechend hätten die Kläger den Fortgang der Musterverfahren verfolgt und seien davon ausgegangen, dass die Erkenntnisse aus den Parallelverfahren übertragen würden. So habe die Beklagte sowohl vor dem Verwaltungsgericht als auch dem Oberverwaltungsgericht über Jahre wiederholt vorgetragen, dass eine Berechnung der Anspruchshöhe nicht möglich sei und habe eine Darlegung in sämtlichen Musterverfahren unterlassen. Mit dem plötzlichen Sinneswandel der Beklagten, die sich erst im Frühjahr 2020 entschlossen habe, sich gegen die geltend gemachten Ansprüche zu verteidigen und ernsthaft eine Berechnung aufzustellen, hätten die Kläger nicht mehr zu rechnen brauchen. Das vorliegende Verfahren sei damit vergleichbar mit Fällen, in denen eine Treuwidrigkeit aufgrund von Verwirkung der geltend gemachten Rechte anzunehmen sei, so dass die zuletzt eingereichten Berechnungen nicht mehr hätten berücksichtigt werden dürfen.

Das Verwaltungsgericht habe es unterlassen, bei der Berechnung des Anspruchs des Klägers eine besoldungsgruppenübergreifende Betrachtung heranzuziehen. Im Einklang mit der nach höchstrichterlicher Rechtsprechung anzuwendenden Berechnungsweise hätten die erforderlichen Feststellungen zur Anzahl der Anspruchsberechtigten sowie zur Anzahl der besetzbaren Planstellen der entsprechenden Wertigkeit vorliegen müssen. Für die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen im Sinne von § 46 Abs. 1 BbesG a.F. seien ausschließlich die Vorgaben des jeweiligen Haushaltstitels des Haushaltsplans maßgeblich. Entscheidungen der Exekutive seien nicht zu berücksichtigen. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei hierbei nicht allein der Stellenplan der betreffenden Besoldungsgruppe heranzuziehen, sondern der Personalhaushalt der Polizei in Bremen einheitlich zu betrachten. Das Verwaltungsgericht habe eine fehlerhafte Berechnungsgrundlage verwendet, in dem es lediglich die Planstellen der einzelnen

Besoldungsgruppen herangezogen habe, obwohl es festgestellt habe, dass diese nicht maßgeblich für die Besetzung der Stellen bei der Beklagten seien. Es sei der Beklagten während des streitgegenständlichen Zeitraumes möglich gewesen, freie Stellen eigenständig auf eine andere Besoldungsgruppe zu übertragen und zu besetzen und damit die vorgegebenen Planstellen zu überschreiten, soweit keine Mehrkosten entstehen. Wenn die geplanten Stellen ohne Mitwirkung des Haushaltsgesetzgebers in eine andere Besoldungsgruppe übertragen werden konnten, sei die allein maßgebliche haushaltsrechtliche Vorgabe in dem Gesamtbudget der Personalkosten der Polizei, bzw. in sämtlichen zur Verfügung gestellten Planstellen der Produktgruppen 07. 01 und 07. 02 zu sehen. Wenn das Gericht zu dem Schluss komme, dass allein der jeweilige Stellenplan heranzuziehen sei, weil es sich um eine Missachtung der haushaltsrechtlichen Vorgaben gehandelt habe, sei dem nicht zu folgen. Der Haushaltsgesetzgeber habe die von der Beklagten praktizierte Form der Stellenbewirtschaftung gebilligt, da die Veränderungen in die darauffolgenden Haushalte aufgenommen worden seien. Die Situation sei vergleichbar mit einer nachträglichen Stellenfreigabe durch den Nachtragshaushalt. Die umfassende Entscheidungsbefugnis auf Seiten der senatorischen Behörde zeige, dass die für den Gesamtbereich der Polizei freigegebenen Mittel und im Stellenplan vorgesehenen Stellen einheitlich zu betrachten sein und damit auch vollständig bei der Berechnung heranzuziehen seien.

Eine Berücksichtigung der Haushaltseinrede sei vorliegend auch aufgrund der systematischen Vereitelung der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen durch die Beklagte und dem damit einhergehenden Widerspruch zu Art. 33 Abs. 5 GG ausgeschlossen. Das Gericht verkenne, dass die Verknüpfung von Statusamt und ausgeübter Tätigkeit im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG dem angenommenen Ergebnis entgegenstünde. Bei der Polizei Bremen sei dauerhaft eine erhebliche Anzahl von Beamten auf höherwertigen Dienstposten eingesetzt gewesen, obwohl keine entsprechende Planstelle zur Verfügung gestanden habe. Bei einem solchen Überhang von Beförderungsdienstposten gegenüber entsprechenden Statusämtern sei nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine sukzessive Angleichung von Dienstposten und Statusämtern angezeigt, was die Beklagte nicht beabsichtigt habe. Trotz zwischenzeitlich erfolgter Beförderungen seien immer wieder Beamte auf höherwertige Dienstposten gesetzt worden, so dass anstelle einer anzustrebenden Angleichung der Anzahl der Anspruchsberechtigten diese immer weiter anstieg. Diese Besetzungspraxis verstoße gegen die Grundsätze der amtsangemessenen Alimentation und der Einheit des ausgeübten Amtes in statusrechtlicher und funktioneller Hinsicht und damit gegen die Fürsorgepflicht. Ein dauerhaftes Auseinanderfallen zwischen höherwertigen Dienstposten und vorhandenen Statusämtern hätte auch durch

Zurückversetzung des einzelnen Beamten behoben werden können, so dass dies mit einer Amtsübertragung auf Zeit vergleichbar sei., welche mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar sei.

Aus der Zahl der Anspruchsberechtigten ergebe sich, dass die Beklagte mindestens bis 2016 keinen Abbau des Überhangs vorgenommen habe, obwohl keine freien Planstellen zur Verfügung gestanden hätten. Sie sei nicht bemüht gewesen, den einmal geschaffenen Überhang abzubauen, sondern habe diesen manifestiert durch die dauerhaft praktizierte Stellenbewirtschaftung. Das Verwaltungsgericht lasse unberücksichtigt, dass der Stellenüberhang in vielen Fällen durch eine höhere Bewertung der Dienstposten begründet worden sei. Mit seiner Argumentation, der Beamte könne die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens abwehren, mute es dem Beamten eine Degradierung zu. Die massenhafte Schaffung von Beförderungsdienstposten ohne zur Verfügung stehend freie Planstellen führe zu einem praktischen Zwang des einzelnen Beamten, für eine unbestimmte Zeit und unvergütet eine höherwertige Tätigkeit wahrzunehmen um sich die vage Möglichkeit einer Beförderung unter hunderten anderen Beamten zu erhalten. Dies verstoße gegen das Laufbahnprinzip. Die vorliegenden Umstände zwingen in einer Gesamtbetrachtung zu einer Korrektur des vom Verwaltungsgericht gefundenen Ergebnisses.

Zwar habe das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass die Erfüllung der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen auch in Fällen nicht entbehrlich sei, in denen der Dienstherr systematisch dafür Sorge, dass die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen einer Verwendungszulage nicht erfüllt seien. Diese allein für sich zutreffende Annahme übertrage das Verwaltungsgericht jedoch fehlerhaft auf die vorliegende Situation. Die Beklagte habe durch die ständige und wiederholte Übertragung einer Vielzahl von höherwertigen Ämtern selbst dafür gesorgt, dass den Beamten keine oder nur eine sehr geringe Verwendungszulage gezahlt worden sei. Auch wenn eine Schaffung eines Überhangs von Beförderungsdienstposten teilweise hinzunehmen sei, sei die hiesige Besetzungspraxis rechtsmissbräuchlich. Die Beklagte habe ihr Organisationsermessen überschritten, indem sie den gebotenen Ausgleich des strukturellen Überhangs gar nicht beabsichtigt habe. Die Stellenbewirtschaftung der Beklagten stehe den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 5 GG und dem Wortlaut von § 46 Abs. 1 BbesG a.F. entgegen, da die Stellenzulage so niedrig ausfalle, als sei sie gar nicht zu bewilligen. Auf diese Weise entfalle die von § 46 BBesG a.F verfolgte Anreizfunktion.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 27.10.2020 abzuändern, den Bescheid der Beklagten vom 02.02.2012 in der

Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.06.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, an den Kläger für den Zeitraum vom 01.04.2010 bis 31.05.2017 eine Verwendungszulage i. H. der Differenz zwischen dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 und dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 12 nebst Zinsen i. H. v. 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 27.10.2020 abzuändern und die Klage insoweit abzuweisen, als ein Anspruch auf Zahlung einer Verwendungszulage i. H. v. mehr als 986,03 Euro zugesprochen wurde,
2. die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie macht geltend, dass die Anwendung eines Korrekturfaktors unzulässig sei. Dem stehe der strenge Gesetzesvorbehalt im Besoldungsrecht, namentlich § 3 BremBesG, entgegen. Es sei ohne weiteres absehbar, dass die Zahl der Anspruchsberechtigten nicht in dem vom Verwaltungsgericht mittels des Korrekturfaktors angenommenen Maße zu reduzieren sei. Die Anwendung des Korrekturfaktors führe zwangsläufig dazu, dass die im jeweiligen Monat verfügbaren Haushaltsmittel überschritten würden. Der Korrekturfaktor sei zudem zu hoch bemessen; teilweise folge aus seiner Anwendung eine Verdoppelung der individuellen Ansprüche auf eine anteilige Verwendungszulage. Sie, die Beklagte, habe ihre Berechnung für einzelne Monate stichprobenartig erneut erstellt und dabei den durch das Verwaltungsgericht bemängelten Aspekt der unzulässigen Rückwirkung von Dienstpostenneubewertungen berücksichtigt. Dabei habe sich ergeben, dass daraus lediglich für das Jahr 2011 eine größere Veränderung der Gesamtzahl der Anspruchsberechtigten resultiere. Die übrigen durch das Verwaltungsgericht festgestellten Fehler bei der Ermittlung des Anspruchszeitraums beträfen Einzelfälle, seien teilweise unzutreffend und würden die pauschale Reduktion der Anspruchsberechtigten nicht rechtfertigen. Eine Neuberechnung des Anspruchs des Klägers unter Berücksichtigung der durch das erstinstanzliche Gericht angeführten Fehler habe einen Anspruch des Klägers in Höhe von insgesamt 986,03 Euro ergeben. Das angefochtene Urteil könne keinen Bestand haben, soweit es die Verurteilung der Beklagten zu einer darüberhinausgehenden Zahlung beinhalte.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Klägers ist lediglich zu einem geringen Teil begründet. Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

1. Nach dem bis zum 31.12.2016 geltenden § 1 Abs. 2 des Bremischen Besoldungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.04.1999 (nachfolgend BremBesG a.F.) gelten die am 31.08.2006 geltenden bundesrechtlichen Besoldungsvorschriften fort, soweit sich aus dem Bremischen Besoldungsgesetz nichts Abweichendes ergibt. Diese Regelung hat bewirkt, dass § 46 Abs. 1 Satz 1 des Bundesbesoldungsgesetzes in der Fassung vom 31.08.2006 (nachfolgend BBesG a.F.) bis zum 31.12.2016 weiterhin auf die Beamtinnen und Beamten im Land Bremen Anwendung gefunden hat. Danach erhält ein Beamter eine Verwendungszulage, wenn ihm die Aufgaben eines höherwertigen Amtes vorübergehend vertretungsweise übertragen werden, er 18 Monate diese Aufgaben ununterbrochen wahrgenommen hat sowie die haushaltsrechtlichen und laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung dieses Amtes vorliegen. Nach § 46 Abs. 2 Satz 1 BBesG a.F. wird dem Beamten die Zulage in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem Grundgehalt seiner Besoldungsgruppe und dem Grundgehalt derjenigen Besoldungsgruppe gewährt, der das höherwertige Amt zugeordnet ist.

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Besoldungsrechts in der Freien Hansestadt Bremen zum 01.01.2017 ist § 1 Abs. 2 BremBesG a.F. entfallen. Im Zeitraum vom 01.01.2017 bis zum 30.04.2019 haben sich Ansprüche auf Verwendungszulage nach der Übergangsvorschrift des damaligen § 79 BremBesG gerichtet. Danach erhält die Beamtin oder der Beamte die Zulage in der bis zum Ablauf des 31.12.2016 geltenden Höhe so lange fort, wie die Voraussetzungen des § 46 des Bundesbesoldungsgesetzes in der am 31. August 2006 geltenden Fassung fortbestehen, sofern der Beamtin oder dem Beamten für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2017 eine Zulage nach § 46 des Bundesbesoldungsgesetzes in der am 31.08.2006 geltenden Fassung zuerkannt worden ist oder nachträglich zuerkannt wird. Mit Ablauf des 30.04.2019 ist die gesetzliche Grundlage für die Gewährung von Verwendungszulagen aufgehoben worden.

Die danach erforderlichen Voraussetzungen sind für den streitgegenständlichen Anspruchszeitraum nur teilweise erfüllt.

1. Der Kläger hat dem Grunde nach Anspruch auf Gewährung der begehrten Verwendungszulage für den Zeitraum vom 01.04.2010 bis zum 31.05.2017.

Für einen Anspruch auf die begehrte Zulage müssen drei persönliche anspruchsbegründende Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens müssen vorübergehend vertretungsweise die Aufgaben eines höherwertigen Amtes übertragen worden sein, zweitens müssen die Aufgaben des höherwertigen Amtes länger als 18 Monate ununterbrochen wahrgenommen werden und drittens müssen die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen vorliegen, um den Beamten in das höherwertige Amt zu befördern.

Unstreitig und auch sonst nicht zweifelhaft ist, dass sich der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum in einem Statusamt der Besoldungsgruppe A 11 befunden hat und für mehr als 18 Monate vorübergehend vertretungsweise einen Dienstposten wahrgenommen hat, der von seiner Wertigkeit der Besoldungsgruppe A 12 entspricht, und dass die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung eines Statusamtes der Besoldungsgruppe A 12 vorlagen.

2. Der Kläger hat aber lediglich einen Anspruch auf Gewährung einer Verwendungszulage in Höhe von 1.542,15 Euro. Unstreitig ist der Anspruch der Höhe nach insoweit, als ihn die Beklagte anerkennt, also in Höhe von 986,03 Euro. Darüber hinaus steht dem Kläger ein Anspruch (nur) in Höhe von weiteren 556,12 Euro zu, weil die für die Gewährung einer Verwendungszulage erforderlichen haushaltsrechtlichen Voraussetzungen in seinem Fall nur teilweise vorliegen.

Die Beklagte hat vorliegend den Einwand der fehlenden haushaltsrechtlichen Voraussetzungen erhoben und diesen durch die Vorlage von Daten und Unterlagen substantiiert. Aus diesem Grund ist dem Senat eine Entscheidung nach den Grundsätzen über die materielle Beweislast verwehrt (a). Die Geltendmachung dieses Einwands ist nicht infolge eines treuwidrigen Verhaltens der Beklagten ausgeschlossen (b). Für einzelne Monate liegen die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen deshalb nicht vor, weil aufgrund einer haushaltslosen Zeit bzw. einer Haushaltssperre die Übertragung des höherwertigen Statusamtes von vornherein nicht möglich gewesen ist (c). In den weiteren Monaten bis zum 31.12.2016 sind die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen nur teilweise erfüllt gewesen (d). Für die Zeit vom 01.01.2017 bis zum 31.05.2017 steht dem Kläger der Anspruch aus Rechtsgründen (nur) in der Höhe zu, in der er im Dezember 2016 bestand (e).

a) Beim Fehlen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Verwendungszulage handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des Senats um eine Einwendung, für die

die Beklagte die materielle Beweislast trägt (vgl. nur Beschl. d. Senats v. 26.11.2019 - 2 LA 48/18, juris Rn. 20 f. m.w.N.).

Die von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Berechnungen zu den haushaltsrechtlichen Voraussetzungen der Verwendungszulage weisen zwar hinsichtlich der Anzahl der anspruchsberechtigten Beamtinnen und Beamten vereinzelt Unrichtigkeiten auf. Der Senat kann aber auf Grundlage dieser Daten und Unterlagen im Wege der Schätzung (§ 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 287 Abs. 2 ZPO) ermitteln, ob und inwieweit in den einzelnen Monaten die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen (teilweise) erfüllt gewesen sind (hierzu sogleich unter 2. d)). Dies schließt eine Entscheidung ausschließlich nach Maßgabe der materiellen Beweislast aus (vgl. insoweit Beschl. d. Senats v. 26.11.2019 - 2 LA 48/18, a.a.O., Rn. 8 ff.).

b) Der Beklagten ist die Geltendmachung des Einwands der (teilweise) fehlenden haushaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht nach Treu und Glauben verwehrt, weil sie systematisch Beamte auf höherwertigen Dienstposten beschäftigt hat, ohne auch nur über annähernd gleich viele freie Planstellen der entsprechenden Wertigkeit zu verfügen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist das Erfordernis der Erfüllung der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen auch dann nicht entbehrlich, wenn der Dienstherr systematisch – gemeint ist: in großem Umfang, in einer Vielzahl von Fällen – Beamten höherwertige Dienstposten überträgt, ohne dass entsprechende freie Planstellen zur Verfügung stehen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.11.2019 - 2 B 23.19, juris Rn. 10).

Eine Treuwidrigkeit folgt auch nicht daraus, dass die Beklagte erst mehr als ein halbes Jahrzehnt nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Anspruch auf Verwendungszulage bei Topfwirtschaft (Urt. v. 25.09.2014 - 2 C 16.13, juris) und nach mehreren gerichtlichen Aufforderungen und Fristsetzungen kurz vor der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht ihre Berechnungen vorgelegt hat. Ein Beteiligter ist – wie § 87b VwGO verdeutlicht – nicht gehindert, die prozessualen zeitlichen Grenzen für seinen Parteivortrag vollständig auszuschöpfen. Die Beklagte hat sich ferner zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens dergestalt eingelassen, dass sie die von ihr schlussendlich vorgelegten Berechnungen nicht vornehmen könne. Sie hat in der Vergangenheit lediglich den besonderen Aufwand betont, den eine solche Berechnung mit sich bringt, und deshalb mehr Zeit eingefordert. Schließlich hat sie niemals erklärt, die Ergebnisse derjenigen Klageverfahren, in denen das Verwaltungsgericht und der Senat sie nach Beweislastgrundsätzen zur Zahlung der vollen Verwendungszulage an die dortigen Kläger verpflichtet hatten (wie z.B. im Verfahren 2 LA 48/18, vgl. Beschl. v. 26.11.2020, juris, sowie vorgehend das Urteil des Verwaltungsgerichts v. 16.01.2018 - 6 K 247/15,

juris), auf das vorliegende oder andere Verfahren übertragen zu wollen. Die Vorsitzende der zuständigen Kammer des Verwaltungsgerichts hatte die Beteiligten des vorliegenden Verfahrens mit Schreiben vom 17.10.2018 um ihr Einverständnis zum Ruhen des Verfahrens gebeten, weil die „rechtliche Klärung“ durch das Oberverwaltungsgericht in den Verfahren, in denen das Verwaltungsgericht die Beklagte nach Beweislastgrundsätzen zur Zahlung der vollen Verwendungszulage verpflichtet hatte, „auf den Ausgang der hier noch anhängigen Klageverfahren Verwendungszulage maßgeblichen Einfluss haben [dürfte]“. Daraufhin hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 29.10.2018 ihr Einverständnis mit dem Ruhen des Verfahrens und den Verzicht auf die Einrede der Verjährung, soweit durch das Ruhen Verjährung eintreten sollte, erklärt. Hingegen hat sie niemals erklärt, auf die Möglichkeit des Einbringens neuen Prozessstoffes generell verzichten zu wollen. Der Kläger durfte daher nicht darauf vertrauen, dass die Beklagte keine neuen Beweismittel vorlegt, wenn der Senat ihre Rechtsmittel gegen die Beweislastentscheidungen in den anderen Verfahren zurückweist.

c) In den Zeiträumen vom 01.01.2012 bis zum 31.05.2012 und vom 01.01.2016 bis zum 22.06.2016 liegen die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung einer Verwendungszulage nicht vor. Das Verwaltungsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass in diesen Zeiträumen nach Auslaufen des vorherigen Haushaltsgesetzes noch kein neues Haushaltsgesetz von der Bremischen Bürgerschaft (Landtag) verabschiedet worden war (sogenannte haushaltslose Zeit) und somit Art. 132a BremLVerf der Vornahme von Beförderungen entgegen stand.

Im Zeitraum Juni 2010 bis Dezember 2010 stand der Gewährung einer Verwendungszulage die vom Bremer Senat für den Zeitraum vom 11.05.2010 bis zum 31.12.2010 erlassene Haushaltssperre nach § 41 BremLHO entgegen. Danach sind nur notwendige, im Einzelnen benannte Ausgaben zulässig gewesen. Beförderungen zählen hierzu nicht.

d) In dem verbleibenden Zeitraum sind die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung des höherwertigen Amtes nur teilweise erfüllt gewesen.

aa) Für eine Beförderung muss eine freie Planstelle der entsprechenden Wertigkeit zur Verfügung stehen. Um diese Voraussetzung zu erfüllen, bedarf es keiner festen Verknüpfung zwischen dem wahrgenommenen höherwertigen Dienstposten und einer bestimmten Planstelle (grundlegend BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 - 2 C 16.13, a.a.O., Rn. 16). Fehlt es wie vorliegend an einer solchen Verknüpfung, ist eine sogenannte haushaltsrechtliche „Topfwirtschaft“ gegeben. Bei einer solchen kann der volle

Zulagenbetrag nur bei einer identischen Zahl von Anspruchsberechtigten einerseits und besetzbaren Planstellen andererseits gezahlt werden. Zwar besteht auch ein Anspruch auf Gewährung einer Verwendungszulage, wenn – wie vorliegend – die Anzahl der Anspruchsberechtigten die Anzahl der besetzbaren Stellen übersteigt. Allerdings steht dem Anspruchsberechtigten dann nur ein anteiliger Betrag zu (grundlegend BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 - 2 C 16.13, a.a.O., Rn. 21; zuletzt BVerwG, Beschl. v. 13.02.2020 - 2 B 43.19, juris Rn. 10). Es ist deshalb für den Anspruchszeitraum und den etatisierten Behördenbereich monatlich die Anzahl der Anspruchsberechtigten und die Anzahl der besetzbaren Planstellen der entsprechenden Wertigkeit zu berechnen und ins Verhältnis zu setzen. Dabei ist hinsichtlich der Zahl der Anspruchsberechtigten zu prüfen, ob im letzten Monat einzelne Beamte in die Anspruchsvoraussetzungen hineingewachsen sind (z.B. durch Erlangen der Beförderungseife, Erreichen der 18-monatigen Wartezeit) oder aus ihr herausgefallen sind (z.B. durch Wechsel auf einen dem Statusamt entsprechenden Dienstposten, Beförderung, Ruhestand, Tod). Hinsichtlich der Zahl der besetzbaren Planstellen ist zu prüfen, ob bislang besetzte Planstellen nunmehr besetzbar geworden sind (z.B. durch Ruhestand, Tod, [Weg-]Versetzung) oder bislang besetzbare Planstellen nunmehr besetzt worden sind (Beförderung, [Her-]Versetzung). Teilzeitbeschäftigte sind bei dieser Berechnung entsprechend ihrer Beschäftigungsquote zu berücksichtigen. Maßgeblich für diese Berechnung sind stets die Verhältnisse in dem Monat, für den die Zulage berechnet wird (BVerwG, Beschl. v. 13.02.2020 - 2 B 43.19, a.a.O., Rn. 10 m.w.N.). Hiermit ist das Berechnungsverfahren abschließend beschrieben, das in Fällen der haushaltsrechtlichen Topfwirtschaft bei einer höheren Zahl von Anspruchsberechtigten als von besetzbaren Planstellen anzuwenden ist (BVerwG, Beschl. v. 13.02.2020 - 2 B 43.19, a.a.O., Rn. 11).

Nicht zu folgen ist demgemäß dem Argument der Beklagten, dass bei der Ermittlung der verfügbaren Haushaltsmittel auf das im Haushaltsaufstellungsverfahren beschlossene Personalbudget abzustellen sei. Es ist – wie aufgezeigt – geklärt, dass die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung des höherwertigen Amtes erfüllt sind, wenn im jeweiligen Haushaltstitel des Haushaltsplans eine freie Planstelle der entsprechenden Wertigkeit für eine Beförderung zur Verfügung steht. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Maßgeblichkeit der Festlegungen des Stellenplans aus § 49 Abs. 1 LHO Brandenburg abgeleitet (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 - 2 C 16.13, a.a.O., Rn. 14). Diese Norm entspricht wörtlich dem § 49 Abs. 1 BremLHO („Ein Amt darf nur zusammen mit der Einweisung in eine besetzbare Planstelle verliehen werden.“). Die insoweit wortgleichen §§ 49 der BHO und der Landeshaushaltsordnungen bringen zum Ausdruck, dass das Personal haushaltsrechtlich nicht nach verfügbaren Haushaltsmitteln, sondern nach Planstellen bewirtschaftet wird. An dieser normativen Vorgabe ändert sich

auch dann nichts, wenn sie durch eine primär ausgabenorientierte Personalsteuerung mittels Personalkostenbudgets ergänzt wird und diese Budgets so knapp bemessen werden, dass die zur Verfügung gestellten Planstellen nicht ausfinanziert sind (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 26.11.2019 - 2 LA 48/18, a.a.O., Rn. 23; OVG Thüringen, Urt. v. 20.08.2018 - 2 KO 301/16, juris Rn. 25 ff., 37; vgl. auch VG Bremen, Urt. v. 27.10.2020 - 6 K 102/12, juris Rn. 60 ff.).

Da maßgeblich auf die freien Planstellen der „entsprechenden Wertigkeit“ abzustellen ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.02.2020 - 2 B 43/19, a.a.O., Rn. 10), kommt es auch nicht darauf an, ob freie Planstellen anderer Besoldungsgruppen bei der Polizei Bremen hätten „umgewidmet“ werden können, um den Kläger in ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 12 zu befördern.

Bei der Ermittlung der Zahl der Anspruchsberechtigten ist – zugunsten des Klägers – auch nicht zu berücksichtigen, ob Ansprüche einzelner Beamtinnen und Beamter mutmaßlich verjährt sind. Denn es kommt – wie ausgeführt – maßgebend auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Entstehens des monatlichen Anspruchs an (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 - 2 C 16.13, a.a.O., Rn. 21 f.; Beschl. v. 13.02.2020 - 2 B 43/19, a.a.O., Rn. 11). Die Verjährungseinrede führt nicht zu Rechtsvernichtung ex tunc. Es handelt sich um eine rechtshemmende Einwendung. Der entstandene Anspruch bleibt bestehen, er kann vom Anspruchsberechtigten nur nicht durchgesetzt werden. Die Erhebung der Verjährungseinrede gegenüber anderen Anspruchsberechtigten durch den Dienstherrn kann deshalb nicht zur Folge haben, dass sich der anteilige Zulagenanspruch zu Gunsten des Klägers erhöht (vgl. hierzu OVG Thüringen, Urt. v. 20.08.2018 - 2 KO 301/16, a.a.O., Rn. 27).

Die Höhe des monatlichen Anspruchs des Klägers auf Gewährung einer Verwendungszulage errechnet sich hiernach wie folgt:

$$VwZ = (\text{Grundgeh BesGr DienstP} - \text{Grundgeh BesGr Statusamt}) \times \frac{(\text{Anzahl Planstellen BesGr DienstP im etatisierten Behördenbereich} - \text{Anzahl der davon besetzten Stellen})}{\text{Anzahl der Beamt * innen mit Anspruch auf Verwendungszulage}}$$

bb) Die Höhe des Differenzbetrages zwischen den Grundgehältern der Besoldungsgruppen A 11 und A 12 in der jeweiligen Lebensalters- bzw. Erfahrungsstufe des Klägers in den einzelnen Monaten des Anspruchszeitraums sowie die Zahl der in jedem dieser Monate jeweils freien A 12-Planstellen im etatisierten Bereich der Polizei Bremen sind zwischen den Beteiligten unstrittig. Der Senat sieht keinerlei Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit der entsprechenden Feststellungen des Verwaltungsgerichts.

Somit kommt es für den Erfolg der Berufungen maßgeblich auf die Zahl der Anspruchsberechtigten an.

Bei der Ermittlung der Zahl der Anspruchsberechtigten ist zugrunde zu legen, dass die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Tatsachen, aus denen sich ergibt, in welcher Höhe der Anspruch auf eine Verwendungszulage besteht, selbst festzustellen haben. Der Beklagten steht insoweit weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum zu. Daher kommt ein Bescheidungsurteil nicht in Betracht. Das Gericht hat das Verfahren spruchreif zu machen. Da die Feststellung der Tatsachen, aus denen sich die Anspruchshöhe ergibt, sehr aufwendig ist, ist das Gericht dabei allerdings auf die Mitwirkung der Beklagten angewiesen (vgl. Beschl. d. Senats v. 26.11.2019 - 2 LA 48/18, a.a.O., Rn. 8 ff.).

Der Senat kann die Anzahl der Anspruchsberechtigten vorliegend durch Schätzung gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 287 Abs. 2 ZPO im Rechtssinne „feststellen“.

Nach § 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 ZPO entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, wenn in vermögensrechtlichen Streitigkeiten unter den Beteiligten die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgeblichen Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Die Vorschrift ist über § 173 Satz 1 VwGO in verwaltungsgerichtlichen Verfahren entsprechend anzuwenden (vgl. BVerwGE 35, 178 [182]; BVerwGE 40, 308 [310]; OVG Münster, Urt. v. 27.11.1997 - 8 A 4279/95, juris Rn. 37). Ob die vollständige Aufklärung mit Schwierigkeiten verbunden ist, die außer Verhältnis zur Bedeutung des streitigen Teils der Forderung stehen, ist vom Einzelfall abhängig. Jedenfalls kann der Norm nicht die allgemeine Befugnis entnommen werden, eine Schätzung vorzunehmen, wenn die genaue Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen (allein) mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist (BGH, Urt. v. 05.05.1992 - X ZR 133/90, juris Rn. 18; *Saenger*, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 287 ZPO Rn. 12). Soweit das Bundesverwaltungsgericht die Anwendbarkeit der Vorschrift im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dahingehend einschränkt, dass die Verwaltungsgerichte dann nicht entsprechend § 287 ZPO schätzen dürfen, wenn das materielle Recht der Behörde eine Befugnis zur Schätzung der Anspruchshöhe einräumt (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.08.1985 - 8 C 120-122/83, juris Rn. 27 zum Erschließungsbeitragsrecht) steht dies vorliegend der Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO nicht entgegen, denn die Beklagte hat – wie ausgeführt – keinerlei Ermessens-, Beurteilungs- oder Einschätzungsspielraum bzgl. der Höhe der zu gewährenden Verwendungszulage.

cc) Die Voraussetzungen des § 287 Abs. 2 ZPO liegen vor:

(1) Bei dem vom Kläger geltend gemachten Zahlungsanspruch handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (vgl. zur Anwendbarkeit auf [alle] Geldansprüche *Saenger*, a.a.O., § 287 Rn. 10 m.w.N.; *Prütting*, in: MüKo, ZPO, 9. Aufl. 2020, § 287 Rn. 19).

(2) Zwischen den Beteiligten besteht ferner allein Streit hinsichtlich der Höhe der Forderung; das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach ist für den streitgegenständlichen Zeitraum unstrittig (vgl. zu dieser Voraussetzung *Saenger*, a.a.O., § 287 Rn. 11).

(3) Die vollständige Aufklärung der Anzahl der Beamtinnen und Beamten der Polizei Bremen, die im streitgegenständlichen Zeitraum monatlich jeweils Anspruch auf die Gewährung einer Verwendungszulage hatten, wäre mit Schwierigkeiten verbunden, die zu der Bedeutung des noch streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stünden.

Die Beklagte hatte in erster Instanz, um Angaben zur Zahl der Anspruchsberechtigten machen zu können, 19.425 Datensätze aufgrund von 2.876 Personalakten überprüft. Die Anzahl möglicher Anspruchsberechtigter bewegt sich nach ihren Berechnungen im dreistelligen Bereich. Ein vollständiges Überprüfen und Nachvollziehen dieser umfangreichen Berechnungen der Beklagten durch das Gericht stünde außer Verhältnis zur Höhe des streitigen Teils der Klageforderung (vgl. zum teils beträchtlichen Aufwand, den das Berechnungsverfahren mit sich bringen kann: BVerwG, Beschl. v. 13.02.2020 – 2 B 43.19, a.a.O., Rn. 11).

Hinsichtlich der Berufung der Beklagten liegt dies auf der Hand, weil ihre Beschwer im Berufungsverfahren lediglich 191,27 Euro beträgt (Verurteilung durch das Verwaltungsgericht zur Gewährung einer Verwendungszulage in Höhe von 1,177,30 Euro; Anerkenntnis im Berufungsverfahren in Höhe von 986,03 Euro). Die Beschwer des Klägers ist zwar deutlich höher. Sie dürfte bei ca. 35.500 Euro liegen, denn die vom Kläger begehrte volle Verwendungszulage dürfte sich auf ca. 36.600 Euro belaufen. Dennoch wäre auch im Verhältnis dazu der Aufwand, sämtliche Anspruchsberechtigte jeweils monatlich durch das Gericht exakt festzustellen, unangemessen. Dies würde die händische Überprüfung der Personalakten von über hundert Polizeibeamtinnen und Polizeibeamter, die die Beklagte als anspruchsberechtigt benannt hat, durch das Gericht erfordern. Überdies dürfte der zu erwartende Erkenntnisgewinn im Falle einer Sichtung all dieser Personalakten durch die Senatsmitglieder gering sein (vgl. insoweit *Bacher*, in: BeckOK

ZPO, Vorwerk/Wolf (Hrsg.), 42. Edition, Stand: 01.09.2021, § 287 ZPO Rn. 11). Denn es ist nahezu ausgeschlossen, dass drei Personen entsprechende Datenmengen in absehbarer Zeit völlig fehlerfrei auswerten können. Zudem ist schon jetzt offensichtlich, dass auch bei einer exakten Feststellung der Zahl der Anspruchsberechtigten durch das Gericht diese im Verhältnis zur (unstreitigen) Anzahl der freien Planstellen im etatisierten Bereich der Polizei Bremen so hoch wäre, dass ein Anspruch auf die volle Verwendungszulage nicht auch nur annähernd besteht. Das Verwaltungsgericht hat im vorliegenden Verfahren für keinen Monat zwischen dem 01.04.2020 und dem 31.12.2016 mehr als 16,35 freie Planstellen ermittelt; weit überwiegend sogar deutlich weniger. Die vom Verwaltungsgericht geschätzte Zahl der monatlich Anspruchsberechtigten lag in diesem Zeitraum zwischen 59 und 91. Dass sich diese Zahl bei einer exakten Feststellung durch den Senat auf etwa 16 oder nur knapp darüber reduzieren würde, wie es erforderlich wäre, um dem Kläger zumindest annäherungsweise die volle Zulage zusprechen zu können, erscheint ausgeschlossen. Dies mindert das klägerische Interesse an einer vollständigen Sachverhaltsaufklärung ganz erheblich und spricht dafür, diese als unverhältnismäßig im Sinne von § 287 Abs. 2 ZPO anzusehen.

Auch eine gerichtliche Aufklärung der Zahl der Anspruchsberechtigten durch Einholung eines Sachverständigengutachtens scheidet aus. Bei der Bestimmung der Anzahl der Anspruchsberechtigten sind tatsächliche Feststellungen und rechtliche Bewertungen untrennbar miteinander verbunden. Letztlich ist jeder der Prüffälle für jeden Monat des Anspruchszeitraums unter § 46 BBesG a.F. zu subsumieren.

Exakt und fehlerfrei zu bestimmen, wie viele Beamtinnen und Beamte der Polizei Bremen in der Besoldungsgruppe A 11 vom 01.04.2010 bis zum 31.12.2016 (mit Ausnahme haushaltsfreier Zeiten und Haushaltssperrzeiten) in jedem einzelnen Monat jeweils die Voraussetzungen des § 46 BBesG a.F. erfüllt haben, führt somit an die tatsächlichen Grenzen richterlicher Sachverhaltsaufklärung.

dd) Als Rechtsfolge lässt § 287 Abs. 2 ZPO eine Schätzung der Anspruchshöhe durch das Gericht zu.

(1) Der Schätzung zugrunde zu legen sind dabei die von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Berechnungen zur Zahl der Anspruchsberechtigten sowie ihre diesbezüglichen punktuell ergänzenden Erläuterungen im Berufungs(zulassungs)verfahren.

Nicht zu berücksichtigten ist hingegen die Neuberechnung der Anzahl der Anspruchsberechtigten, die die Beklagte im Berufungszulassungsverfahren als Anlage B 3 vorgelegt hat (Gesamtübersicht der Anspruchsberechtigten in der jeweiligen Besoldungsgruppe für den jeweiligen Monat). Mit diesem Vorbringen ist die Beklagte nach §§ 128a Abs. 1 Satz 1, 87b Abs. 2 VwGO ausgeschlossen, weil es sich bei der Zahl der Anspruchsberechtigten um eine Tatsache handelt, auf die sich die Fristsetzung der Vorsitzenden der 6. Kammer des Verwaltungsgerichts vom 24.06.2020 bezogen hat. Die Vorsitzende der 6. Kammer des Verwaltungsgerichts hatte der Beklagten mit Verfügung vom 24.06.2020 gemäß § 87b Abs. 2 VwGO aufgegeben, bis zum 28.09.2020 die zur Begründung der Einwendung des nicht auskömmlichen Haushalts dienenden Tatsachen und Beweismittel beizubringen und Urkunden und andere Erkenntnisquellen vorzulegen. Die Anlage B 3 aus dem Berufungszulassungsverfahren ergänzt oder erläutert nicht lediglich die Berechnungen, die die Beklagte erstinstanzlich innerhalb der Frist nach § 87b Abs. 2 VwGO vorgelegt hatte, sondern enthält eine völlig neue Berechnung der Anzahl der Anspruchsberechtigten. Die Berücksichtigung dieses neuen Vorbringens würde den Rechtsstreit verzögern, weil der Senat bei Zulassung jenes Vorbringens die von der Beklagten vorgelegte Neuberechnung der Anspruchsberechtigten jedenfalls stichprobenartig überprüfen müsste, um etwaige Berechnungsfehler der Beklagten mit der erforderlichen Gewissheit ausschließen zu können. Hinreichende Gründe für eine Verspätung hat die Beklagte auch in Ansehung des gerichtlichen Hinweisschreibens vom 11.01.2022 nicht dargetan. Die Beklagte ist über die Folgen der Fristversäumung auch belehrt worden (vgl. § 128a Abs. 1 Satz 1 VwGO). Auch die weiteren an die Fristsetzung nach § 87b VwGO zu stellenden formellen Voraussetzungen sind gewahrt. Die Fristsetzung wurde von der Vorsitzenden der 6. Kammer des Verwaltungsgerichts elektronisch signiert und der Beklagten zugestellt (vgl. zu den formellen Anforderungen: *Roth*, in: BeckOK VwGO, Posser/Wolff [Hrsg.], 59. Edition [Stand: 01.04.2021], § 128a Rn. 8 m.w.N.; *Fertig*, in: BeckOK VwGO, Posser/Wolff [Hrsg.], 59. Edition [Stand: 01.04.2021], § 87b Rn. 9 f. m.w.N.).

(2) Für die auf dieser Grundlage vom Senat vorzunehmende Schätzung müssen greifbare Ausgangstatsachen vorliegen (vgl. BGH, Urt. v. 08.05.2012 - VI ZR 37/11, juris Rn. 9; *Saenger*, a.a.O., § 287 Rn. 14). § 287 Abs. 2 ZPO stellt, ebenso wie § 287 Abs. 1 ZPO, eine Beweiserleichterung dar; die Norm berechtigt das Tatsachengericht aber nicht dazu, von einer möglichen und nicht aussichtslosen Beweiserhebung zur möglichst genauen Ermittlung der konkreten Schadens- bzw. Forderungshöhe abzusehen und stattdessen den Weg der Schadensschätzung zu beschreiten. Das Gericht muss über umstrittene „Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen“ Beweis erheben, bevor dann Schätzungen auf der so gesicherten Tatsachenbasis getroffen werden können (vgl. zu § 287 Abs. 1 ZPO:

BVerwG, Urt. v. 20.01.2005 - 3 C 15.04, juris Rn. 26 m.w.N.). Die Grundlagen für eine Schätzung müssen ferner ordnungsgemäß ermittelt und vorhandene tatsächliche Unterlagen bei der Schätzung erschöpfend ausgewertet werden; Vorbringen zugunsten eines beweisanzeigenden Umstands darf nicht vernachlässigt werden (VG Hamburg, Urt. v. 18.12.2017 - 9 K 3391/16, juris Rn. 56). In Sachverhaltskonstellationen, in denen der Natur der Sache nach besondere Beweisschwierigkeiten bestehen, sind an die schlüssige Darlegung der Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen aber keine zu hohen Maßstäbe anzulegen (vgl. *Saenger*, a.a.O., § 287 Rn. 16 m.w.N.). Eine Schätzung ist allerdings unzulässig, wenn die festgestellten Umstände keine genügende Grundlage für eine Schätzung abgeben und diese daher mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde. Reichen die Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung des gesamten Schadens bzw. hier der gesamten Anspruchshöhe nicht aus, muss das Gericht prüfen, in welchem Umfang der Sachverhalt eine hinreichende Grundlage für die Schätzung zumindest eines in jedem Fall eingetretenen Mindestschadens bzw. hier, wo es um eine Einwendung der Schuldnerin geht, einer Mindesthöhe der Einwendung (und entsprechend eines höchstmöglichen Anspruchs des Gläubigers) bietet (vgl. *Saenger*, a.a.O., § 287 Rn. 16 m.w.N.) Dabei reicht bei der Schätzung nach § 287 ZPO bezüglich der Anspruchshöhe eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung aus (vgl. BGH, Urt. v. 29.05.2013 - VIII ZR 174/12, juris Rn. 20).

(3) Hiervon ausgehend kann der Senat die Anspruchshöhe im Wege der Schätzung gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 287 Abs. 2 ZPO ermitteln.

Die von der Beklagten vorgelegten Berechnungen zur Zahl der Anspruchsberechtigten enthalten zwar unstreitig keine exakt zutreffende Feststellung der Anzahl der Anspruchsberechtigten; andernfalls wäre eine Schätzung auch entbehrlich. Aus ihnen ergeben sich aber durchaus schlüssig greifbare Anhaltspunkte für eine Schätzung, in welchem Umfang der Kläger mit erheblicher Wahrscheinlichkeit höchstens Anspruch auf eine Verwendungszulage hat.

Dass die Berechnungen der Beklagten aus erster Instanz nicht vollkommen exakt zutreffen, steht anhand einer Überprüfung der elf Fälle von Klägern und zehn weiterer nach dem Zufallsprinzip ausgewählter Fälle durch das Verwaltungsgericht fest. Das Verwaltungsgericht hat bei diesen Stichproben eine Fehlerquote von 24 % festgestellt. Die Beklagte selbst gesteht inzwischen deutlich höhere Beträge zu als noch in erster Instanz.

Anders als die Klägerseite meint, scheiden die Berechnungen der Beklagten deshalb als Grundlage einer Schätzung aber nicht aus. Denn aus der Stichprobenprüfung folgt, dass

die Beklagte in etwa 76 % der vom Verwaltungsgericht überprüften Fälle richtig gerechnet hat. Auch der Umstand, dass der Beklagten bei ihren Berechnungen mit der rückwirkenden Berücksichtigung der Höherbewertung von Dienstposten ein systematischer Fehler unterlaufen ist, nimmt ihren Berechnungen nicht die Tragfähigkeit als Schätzgrundlage. Gerade aufgrund der Fehlerfeststellungen in der Stichprobenprüfung des Verwaltungsgerichts und des Umstandes, dass einige Fehler eine gewisse Systematik aufweisen, kann recht verlässlich geschätzt werden, um wieviel die Beklagte die Zahl der Anspruchsberechtigten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit höchstens zu hoch angesetzt hat (hierzu sogleich unter (4)). Die Fehler, die das Verwaltungsgericht bei den Stichproben festgestellt hat, stehen der Anwendung von Korrekturfaktoren somit nicht entgegen, sondern machen sie gerade nötig.

Nicht zu folgen ist dem Argument der Beklagten, dass der strikte Gesetzesvorbehalt im Besoldungsrecht (§ 3 BremBesG) einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO entgegenstehe. Er besagt lediglich, dass Beamtinnen und Beamten keine andere Besoldung gewährt werden darf, als gesetzlich vorgesehen ist. Davon zu trennen ist aber die Frage, wie das Gericht die Tatsachen, aus denen sich die gesetzliche Höhe der Besoldung ergibt, in einem konkreten Streitfall festzustellen hat. Hierzu trifft § 3 BremBesG keine Aussage.

Auch der Einwand der Beklagten, eine Schätzung verstoße gegen die in Fällen der „Topfwirtschaft“ vorzunehmende Berechnungsmethode sowie gegen das Anliegen von § 46 BBesG a.F., dass die Verwendungszulagen nicht die verfügbaren Haushaltsmittel überschreiten dürfen, überzeugt nicht. Beides sind materielle Probleme, während es vorliegend um Beweisfragen und den Maßstab der richterlichen Überzeugungsbildung geht: Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar vorgegeben, welche Faktoren in die Berechnung der Verwendungszulage einfließen (Differenz der Grundgehälter, Anzahl der freien Planstellen, Anzahl der Anspruchsberechtigten), nicht aber, wie die Gerichte diese Faktoren im Streitfall festzustellen haben. Dass § 46 BBesG a.F. darauf angelegt war sicherzustellen, dass die Verwendungszulagen die verfügbaren Haushaltsmittel nicht überschreiten, ist unergiebig für die Frage, wie im Streitfall festzustellen ist, bis zu welcher Höhe die Verwendungszulagen diese Mittel nicht überschreiten. Die Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO i.V.m. der materiellen Beweislast der Beklagten für die Einwendung fehlender haushaltsrechtlicher Voraussetzungen führt dazu, dass der höchste Zulagenbetrag zuzusprechen ist, von dem noch mit erheblicher Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass er nicht zu einer Überschreitung der verfügbaren Haushaltsmittel führt. Hiernach ist die niedrigste Anzahl an Anspruchsberechtigten zugrunde zu legen, deren Richtigkeit als „erheblich wahrscheinlich“ angesehen werden kann.

Der Schätzung steht – entgegen der vom Kläger geäußerten Bedenken – vorliegend auch nicht entgegen, dass der Senat insoweit der Sache nach eine Schätzung der Zahl der Anspruchsberechtigten – also der notwendigen Anknüpfungstatsachen für die Schätzung selbst – vornimmt. Anders als der Kläger meint, folgt daraus nicht, dass das Gericht eine unzulässige Schätzung des Vorliegens des Anspruchsgrundes – nämlich des Fehlens der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen – vornimmt. Denn die Ermittlung der Zahl der Anspruchsberechtigten betrifft die Rechtsfolgenseite des Anspruchs auf eine Verwendungszulage (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 - 2 C 19.13, juris Rn. 20, 28) und damit nicht den Anspruchsgrund, sondern allein die Anspruchshöhe.

Das Wesen der Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO bedingt dabei, dass deren Ergebnis mit der Wirklichkeit nicht (zwingend) übereinstimmt. Dies ist aber auch nicht erforderlich. Die Schätzung soll nur möglichst nahe an die Wirklichkeit heranzuführen (vgl. *Saenger*, a.a.O., § 287 Rn. 15 m.w.N.). Es gilt – wie ausgeführt – der Maßstab, dass die Schätzung lediglich mit „erheblicher Wahrscheinlichkeit“ richtig sein muss. Innerhalb der Bandbreite „erheblich wahrscheinlicher“ Schätzungen ist wegen der Beweislast der Beklagten das Ergebnis zugrunde legen, das für den Kläger am günstigsten ist.

(4) Ausgehend hiervon ist die von der Beklagten berechnete Zahl der Anspruchsberechtigten zunächst insoweit zu korrigieren, als die Beklagte bei der Berechnung der Anspruchsberechtigten unzutreffend davon ausgegangen ist, dass die Neubewertung von Dienstposten Rückwirkung besitze. Eine Rückwirkung der Neubewertungen von Dienstposten wirkt sich für Anspruchsberechtigte wie den Kläger nachteilig aus, weil sein Anteil an der Verwendungszulage sinkt, je mehr anspruchsberechtigte Beamtinnen und Beamte es gibt. Damit greift eine rückwirkende Neubewertung in von Art. 33 Abs. 5 GG geschützte Ansprüche ein und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche existiert nicht. Vielmehr folgt aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 1 BBesG a.F., wonach die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen „in diesem Zeitpunkt“, d.h. im Zeitpunkt des Entstehens des monatlichen Anspruchs, vorliegen müssen, dass die Zulage aus den damals bereitstehenden Haushaltsmitteln zu bestreiten ist. Eine spätere Änderung haushaltsrechtlicher Voraussetzungen ist deshalb für die Erfüllung des Zulagentatbestandes ohne Bedeutung; ihr kommt in diesem Sinne keine „Rückwirkung“ zu (vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 11.04.2016 - 2 B 92.15, juris Rn. 26).

Entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts folgt aus diesem systematischen Berechnungsfehler jedoch nicht, dass die Zahl der Anspruchsberechtigten pauschal um 5 % zu korrigieren ist. Insoweit bliebe unberücksichtigt, dass die Höherbewertungen ab 2010 in mehreren Stufen und in unterschiedlichem Ausmaß erfolgt sind. Dies bedingt

vorliegend, dass sich der Berechnungsfehler anfangs kumulativ und spürbar stärker auswirkt und sodann stufenweise „abschmilzt“. Die tatsächliche Zahl der Anspruchsberechtigten und die Zahl der Anspruchsberechtigten, die die Beklagte aufgrund ihres Irrtums, alle zwischen 2010 und 2019 nach A 12 höherbewerteten Dienstposten seien als schon am 01.01.2008 nach A 12 bewertet zu behandeln, fälschlicherweise angenommen hat, nähern sich über die Zeit immer weiter an. Der Senat legt seiner Schätzung daher unter Berücksichtigung des abgesenkten richterlichen Überzeugungsmaßstabs und der der Beklagten obliegenden Beweislast zugrunde, dass die Zahl der Anspruchsberechtigten von der Beklagten monatlich in demselben prozentualen Ausmaß überschätzt wurde wie die Anzahl der Dienstposten, auf denen Anspruch auf eine Verwendungszulage bestehen kann. Damit die tatsächliche Zahl der Anspruchsberechtigten im jeweiligen Anspruchszeitraum möglichst exakt geschätzt werden kann, drängt es sich auf, die Höherbewertungen jeweils gesondert nach dem jeweiligen Anspruchszeitraum, in dem sie sich zu Lasten des Klägers ausgewirkt haben können, von der von der Beklagten berechneten Zahl der Anspruchsberechtigten in Abzug zu bringen. Dabei ist – zugunsten des Klägers – davon auszugehen, dass die Höherbewertungen von Dienstposten angesichts der 18-monatigen „Wartefrist“ nach § 46 Abs. 1 BBesG a.F. frühestens 18 Monate nach der jeweiligen Höherbewertung zu einer Erhöhung der Anzahl der Anspruchsberechtigten geführt haben. Ausgangswert für die Schätzung sind dabei die 230 A 12-Dienstposten, die die Beklagte für das Jahr 2008 zugrunde gelegt hat, zuzüglich der insgesamt 36 Höherbewertungen von A 11-Dienstposten nach A 12 bis zum Jahr 2019. Dem gegenüberzustellen sind die im Jahr 2008 bestehenden A 12-Dienstposten zuzüglich der Höherbewertungen nach A 12, die im jeweiligen Anspruchsmonat die Zahl der Anspruchsberechtigten potentiell erhöht haben können. Von diesen Höherbewertungen entfallen 10 auf das erste Halbjahr 2010. Im Jahr 2012 sind drei, im Jahr 2014 neun, im Jahr 2015 drei, im Jahr 2016 ein, im Jahr 2018 drei und im Jahr 2019 sieben Dienstposten höherbewertet worden. Zugunsten des Klägers ist dabei zu unterstellen, dass die „im 1. Halbjahr 2010“ vorgenommenen Höherbewertungen zum 30.06.2010 wirksam geworden sind; zuzüglich der Wartefrist von 18 Monaten ist daher zugunsten des Klägers anzunehmen, dass auf den höherbewerteten Dienstposten erstmals am 01.01.2012 Verwendungszulagenansprüche entstanden sein können. Die Höherbewertungsrunde in 2014 konnte sich wiederum erst ab dem 01.07.2016 auf die Zahl der Anspruchsberechtigten auswirken. Die weitere Höherbewertungsrunde in 2015 hätte sich allenfalls ab dem 01.07.2017 auf die Zahl der Anspruchsberechtigten auswirken können. Das konnte sie aber aus Rechtsgründen (§ 79 BremBesG a.F.) nicht (s.u. e)), so dass sie bei der Schätzung nicht relevant ist. Gleiches gilt für spätere Höherbewertungen.

Im Hinblick auf den Fehler der Beklagten, alle zwischen 2010 und 2019 rückwirkend erfolgten Höherbewertungen von Dienstposten auf die Zeit ab 2008 zurückzubeziehen, ergibt sich hiernach das folgende Bild:

Anspruchszeitraum	Annahme der Beklagten zur Anzahl der A 12-Dienstposten [Ausgangswert von 230 A 12-Dienstposten am 01.01.2008 zzgl. aller bis einschließlich 2019 vorgenommenen Höherbewertungen]	Korrekturhypothese [Ausgangswert von 230 A 12-Dienstposten am 01.01.2008 zzgl. der späteren Höherbewertungen, die im Anspruchszeitraum die Zahl der Anspruchsberechtigten erhöht haben können]	Geschätzte Fehlermarge	Korrekturwert (gerundet)
01.01.2008 – 31.12.2011	266 [230 + 36]	230 [= 500 + 0]	13,53 %	14 %
01.01.2012 – 30.06.2014	266 [230 + 36]	240 [= 230 + 10]	9,77 %	10 %
01.07.2014 – 30.06.2016	266 [230 + 36]	243 [= 230 + 10 + 3]	8,65 %	9 %
01.07.2016 – 31.12.2016	266 [230 + 36]	252 [= 230 + 10 + 3 + 9]	5,26 %	6 %

(5) Das Verwaltungsgericht hat im Zuge der Stichprobe drei Fehler bei der Bestimmung der Anzahl der Anspruchsberechtigten entdeckt, hinter denen keine Systematik erkennbar ist und von denen sich zwei zulasten der anspruchstellenden Beamten ausgewirkt haben (vgl. Ziff. 2. c) cc) (2) der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils). Diese Fehler sind teilweise unstrittig. In den Anlagen B4a und B4b zur Begründung ihres Berufungsantrags hat die Beklagte die vom Verwaltungsgericht bezüglich der Beamten mit den Personalnummern und festgestellten Fehler nur in ihrem zeitlichen Umfang, nicht aber dem Grunde nach bestritten. Aus Sicht des Senats ist es vor diesem Hintergrund angezeigt, bei der Ermittlung der Zahl der Anspruchsberechtigten einen Korrekturwert von weiteren 15 % für „allgemeine Berechnungsfehler“ in Ansatz zu bringen. Denn die vom Verwaltungsgericht genommene Stichprobe belegt, dass der Beklagten bei der Berechnung der Anzahl der Anspruchsberechtigten verschiedene Einzelfallfehler (wohl im Wesentlichen „Flüchtigkeitsfehler“) unterlaufen sind. Der Belastbarkeit der vom Verwaltungsgericht genommenen Stichprobe steht dabei nicht entgegen, dass das Verwaltungsgericht (lediglich) 21 Personalakten stichprobenartig überprüft hat. Es liegt auf der Hand, dass eine völlig fehlerfreie Berechnung der Zahl der Anspruchsberechtigten

angesichts der von der Beklagten zu analysierenden Datenmenge kaum realistisch möglich ist. Eben jene Annahme wird durch die Stichprobe des Verwaltungsgerichts gestützt. Der insoweit gebotenen Korrektur legt der Senat zugrunde, dass die vom Verwaltungsgericht aufgefundenen Berechnungsfehler ausschließlich Beamtinnen und Beamte betreffen, die das Verwaltungsgericht im Rahmen der Stichprobe zufällig ausgewählt hatte, bezogen auf diese also in drei von zehn Fällen Fehler aufgetreten sind. Dem Umstand, dass bei den vom Verwaltungsgericht überprüften elf Klägern keine Berechnungsfehler gefunden worden sind, misst der Senat weniger Bedeutung bei. Die Ansprüche der Kläger waren bereits im Widerspruchs- bzw. Klageverfahren einer eingehenden Prüfung durch die Beklagte unterzogen worden. Es überrascht daher nicht, dass bei ihnen keine „Flüchtigkeitsfehler“ zu Tage getreten sind. Zu berücksichtigen ist insoweit aber auch, dass die vom Verwaltungsgericht aufgezeigten Fehler lediglich in zwei von drei Fällen zu Lasten des Klägers gehen und dass sich die Fehler auch nicht auf den gesamten Zeitraum, für den die Beklagte die beiden betroffenen Beamten als anspruchsberechtigt benannt hat, beziehen, sondern nur auf Teile davon. Unter Berücksichtigung dessen erscheint es dem Senat angemessen, zugunsten des Klägers einen (weiteren) Korrekturwert von 15 % für „allgemeine Berechnungsfehler“ zu veranschlagen.

(6) Nicht zu folgen ist dem Verwaltungsgericht hingegen darin, einen (weiteren) Korrekturwert von 0,05 (5 Prozent) wegen „der Komplexität und möglicher unentdeckter Fehlerquellen“ zu berücksichtigen. Denn für einen solchen Korrekturwert bestehen keine belastbaren Anknüpfungstatsachen. Dahingehende Fehler gehen überdies bereits in dem Korrekturwert für „allgemeine Berechnungsfehler“ auf.

(7) Nach alledem schätzt der Senat die Anzahl der Anspruchsberechtigten wie folgt:

Monat	Anspruchsberechtigte nach Bestimmung durch Beklagte	Korrekturfaktor	Anspruchsberechtigte
04.2010	105	0,71	75
05.2010	107	0,71	76
01.2011	105	0,71	75
02.2011	103	0,71	73
03.2011	102	0,71	72
04.2011	104	0,71	74
05.2011	103	0,71	73
06.2011	103	0,71	73
07.2011	104	0,71	74
08.2011	105	0,71	75
09.2011	104	0,71	74
10.2011	106	0,71	75
11.2011	107	0,71	76

12.2011	96	0,71	68
06.2012	108	0,75	81
07.2012	108	0,75	81
08.2012	107	0,75	80
09.2012	107	0,75	80
10.2012	107	0,75	80
11.2012	111	0,75	83
12.2012	118	0,75	89
01.2013	109	0,75	82
02.2013	113	0,75	85
03.2013	112	0,75	84
04.2013	113	0,75	85
05.2013	113	0,75	85
06.2013	113	0,75	85
07.2013	114	0,75	86
08.2013	112	0,75	84
09.2013	112	0,75	84
10.2013	112	0,75	84
11.2013	111	0,75	83
12.2013	111	0,75	83
01.2014	96	0,75	72
02.2014	95	0,75	71
03.2014	94	0,75	71
04.2014	95	0,75	71
05.2014	94	0,75	71
06.2014	96	0,75	72
07.2014	96	0,76	73
08.2014	96	0,76	73
09.2014	96	0,76	73
10.2014	96	0,76	73
11.2014	97	0,76	74
12.2014	97	0,76	74
01.2015	85	0,76	65
02.2015	84	0,76	64
03.2015	83	0,76	63
04.2015	84	0,76	64
05.2015	84	0,76	64
06.2015	85	0,76	65
07.2015	86	0,76	65
08.2015	85	0,76	65
09.2015	84	0,76	64
10.2015	83	0,76	63
11.2015	83	0,76	63
12.2015	83	0,76	63
06.2016	97	0,76	74
07.2016	84	0,79	66
08.2016	83	0,79	66
09.2016	80	0,79	63
10.2016	80	0,79	63
11.2016	80	0,79	63
12.2016	74	0,79	58

Hieraus ergeben sich folgende Ansprüche:

Monat	möglicher Anspruch in Euro	freie Planstellen	Anspruchsberechtigte	Anspruch in Euro
04.2010	359,09	4,53	75	21,69
05.2010	359,09	4,53	76	21,40
01.2011	359,09 €	7,53	75	36,05
02.2011	359,09 €	0	73	0,00
03.2011	359,09 €	1,53	72	7,63
04.2011	307,49 €	3,53	74	14,67
05.2011	307,49 €	2,53	73	10,66
06.2011	307,49 €	3,53	73	14,87
07.2011	307,49 €	3,53	74	14,67
08.2011	307,49 €	3,53	75	14,47
09.2011	307,49 €	3,53	74	14,67
10.2011	364,47 €	4,53	75	22,01
11.2011	364,47 €	5,53	76	26,52
12.2011	364,47 €	5,53	68	29,64
06.2012	281,14 €	5,68	81	19,71
07.2012	281,14 €	5,68	81	19,71
08.2012	281,14 €	5,68	80	19,96
09.2012	281,14 €	6,68	80	23,48
10.2012	371,40 €	6,68	80	31,01
11.2012	371,40 €	7,68	83	34,37
12.2012	371,40 €	8,68	89	36,22
01.2013	371,40 €	9,88	82	44,75
02.2013	371,40 €	0,88	85	3,85
03.2013	371,40 €	0,88	84	3,89
04.2013	371,40 €	0,88	85	3,85
05.2013	376,97 €	1,13	85	5,01
06.2013	376,97 €	1,13	85	5,01
07.2013	376,97 €	2,13	86	9,34
08.2013	376,97 €	2,13	84	9,56
09.2013	376,97 €	3,13	84	14,05
10.2013	376,97 €	3,13	84	14,05
11.2013	376,97 €	3,13	83	14,22
12.2013	376,97 €	3,13	83	14,22
01.2014	376,97 €	3,13	72	16,39
02.2014	376,97 €	0	71	0,00
03.2014	376,97 €	0	71	0,00
04.2014	376,97 €	0	71	0,00
05.2014	382,63 €	0	71	0,00
06.2014	382,63 €	0	72	0,00
07.2014	382,63 €	0	73	0,00
08.2014	382,63 €	0	73	0,00
09.2014	382,63 €	0	73	0,00

10.2014	382,63 €	0	73	0,00
11.2014	382,63 €	0	74	0,00
12.2014	382,63 €	0	74	0,00
01.2015	382,63 €	0	65	0,00
02.2015	382,63 €	0	64	0,00
03.2015	382,63 €	0	63	0,00
04.2015	382,63 €	0	64	0,00
05.2015	382,63 €	0	64	0,00
06.2015	382,63 €	0	65	0,00
07.2015	390,66 €	0	65	0,00
08.2015	390,66 €	0	65	0,00
09.2015	390,66 €	0	64	0,00
10.2015	390,66 €	0	63	0,00
11.2015	390,66 €	0	63	0,00
12.2015	390,66 €	0	63	0,00
06.2016	390,66 €	16,35	74	86,31
07.2016	399,65 €	16,35	66	99,00
08.2016	399,65 €	16,35	66	99,00
09.2016	399,65 €	10,35	63	65,66
10.2016	399,65 €	10,35	63	65,66
11.2016	399,65 €	10,35	63	65,66
12.2016	399,65 €	11,35	58	78,21
				1151,1

e) Für die Zeit vom 01.01.2017 bis zum 31.05.2017 steht dem Kläger eine monatliche Verwendungszulage in der Höhe zu, die sein Anspruch im Dezember 2016 hatte (78,21 Euro). Dies ergibt sich aus der Übergangsvorschrift des § 79 BremBesG a.F. Nach dieser Vorschrift erhalten die zuvor bereits anspruchsberechtigten Beamtinnen und Beamten die Zulage „in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2016 geltenden Höhe“ so lange fort, wie die Voraussetzungen des § 46 BBesG a.F. fortbestehen. Die Vorschrift ist so auszulegen, dass sich ab ihrem Inkrafttreten weder Besoldungserhöhungen noch Veränderungen der Anzahl der freien Planstellen oder auch Veränderungen der Anzahl der Anspruchsberechtigten auf die Höhe der zu gewährenden Verwendungszulage auswirken, diese also ab Januar 2017 in der Höhe fortzugewähren ist, wie sie Stand Dezember 2016 zu gewähren war (a.A. VG Bremen, Urt. v. 13.04.2021 - 6 K 645/20, juris Rn. 46). Hierfür spricht zum einen, dass es sich beim Fehlen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Verwendungszulage um eine Einwendung handelt, die nicht dem Anspruchsgrund, sondern vielmehr der Anspruchshöhe zuzuordnen ist (vgl. Beschl. d. Senats v. 26.11.2019 - 2 LA 48/18, a.a.O., Rn. 20 f.; BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 - 2 C 19.13, a.a.O., Rn. 20, 28). Nach diesem Verständnis ist der Einwand der fehlenden haushaltsrechtlichen Voraussetzungen bei der Anwendung von § 79 BremBesG a.F. nicht dem Satzteil „solange [..], wie die Voraussetzungen des § 46 BBesG [...] fortbestehen“, sondern dem Satzteil „in

der bis zum Ablauf des 31.12.2016 geltenden Höhe“ zuzuordnen. Für dieses Verständnis der Übergangsvorschrift spricht zum anderen deren Sinn und Zweck. Denn der Bremische Gesetzgeber hat die Aufhebung des § 46 BBesG a.F. für Bremen und die Übergangsregelung des § 79 BremBesG a.F. ausdrücklich mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Topfwirtschaft und dem daraus resultierenden unvermeidbaren Verwaltungsaufwand bei den Personalstellen begründet (vgl. Bürgerschafts-Drucksache 19/352, S. 81). Dieser Aufwand wird aber nur dann vermieden, wenn weder Veränderungen zugunsten noch Veränderungen zulasten der Beamtinnen und Beamten Berücksichtigung finden. Ansonsten wären die Besoldungsstellen weiterhin verpflichtet gewesen, für die „Altfälle“ jeden Monat neu die aktuelle Anzahl der freien Planstellen und der Anspruchsberechtigten zu ermitteln, um die Anspruchshöhe im jeweiligen Monat zu bestimmen.

f) Nach alledem steht dem Kläger für den unter 2. d) dd) (7) genannten Zeitraum von April 2010 bis Dezember 2016 ein Anspruch auf Verwendungszulage in Höhe 1.151,10 Euro zu. Für den unter 2. e) genannten Zeitraum von Januar 2017 bis Mai 2017 beläuft sich der Anspruch des Klägers auf 391,05 Euro. In der Summe ergibt sich hieraus der tenorierte Zahlungsanspruch des Klägers in Höhe von insgesamt 1.542,15 Euro.

3. Der Anspruch des Klägers auf Prozesszinsen ergibt sich aus § 90 VwGO i.V.m. §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

4. Aus dem Vorstehenden folgt die Unbegründetheit der Berufung der Beklagten.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711, 709 Satz 2 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen der §§ 132 Abs. 2, 191 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 127 BRRG nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198,
28195 Bremen

einulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

Dr. Maierhöfer

Stybel

Bogner