



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 LB 308/19

VG: 6 K 250/15

Im Namen des Volkes!

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

– Kläger und Berufungskläger –

Prozessbevollmächtigter:

g e g e n

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

– Beklagte und Berufungsbeklagte –

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch Richter Dr. Maierhöfer, Richter Traub und Richterin Stybel sowie die ehrenamtliche Richterin Isensee und den ehrenamtlichen Richter Kiwitz aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Mai 2020 für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 6. Kammer – vom 16.01.2018 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i. H. v. 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht

die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit i. H. v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten im Berufungsverfahren nur noch um die Gewährung einer Verwendungszulage nach § 46 BBesG a.F. für den Zeitraum vom 1. April 2001 bis zum 31. Dezember 2007.

Der Kläger ist Polizeibeamter im Ruhestand im Dienst der Beklagten. Vom 1. Oktober 1998 bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand mit Ablauf des 31. August 2012 hatte er das Statusamt eines Kriminaloberkommissars (Bes.Gr. A 10) inne. Die verschiedenen Dienstposten, die er seit dem Jahr 1999 wahrgenommen hat, waren indes höherwertig. Bis zum 30. Juni 2000 waren sie nach der Besoldungsgruppe A 12, danach nach der Besoldungsgruppe A 11 bewertet.

Im Jahr 2011 beantragte der Kläger bei der Beklagten die rückwirkende Zahlung einer Verwendungszulage. Die Beklagte lehnte den Antrag ab; auf den Widerspruch des Klägers vom 14. Oktober 2011 wurde der Ablehnungsbescheid aus formalen Gründen aufgehoben. Mit Bescheid vom 15. Juni 2012 lehnte die Beklagte den Antrag erneut ab. Dabei berief sie sich nicht nur darauf, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 46 BBesG a.F. nicht erfüllt seien, sondern erhob für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2008 zugleich die Einrede der Verjährung. Nach der Zurückweisung seines Widerspruchs als unbegründet hat der Kläger am 20. August 2012 Klage erhoben.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 15. Juni 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. Juli 2012 zu verpflichten, an ihn rückwirkend ab dem 1. April 2001 bis zum 31. August 2012 eine Verwendungszulage in Höhe der monatlichen Differenz der Besoldungsgruppen A 10 und A 11 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz pro rata seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Mit Urteil vom 16. Januar 2018 hat das Verwaltungsgericht der Klage für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 31. August 2012 stattgegeben. Den Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung hat der Senat mit Beschluss vom 28.11.2019 (2 LA 49/18) abgelehnt. Insoweit ist das Urteil rechtskräftig.

Für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2008 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen, weil eventuell entstandene Ansprüche auf eine Verwendungszulage jedenfalls verjährt seien und die Beklagte die Verjährungseinrede zulässigerweise erhoben habe. Die Verjährungsfrist für Besoldungsansprüche betrage nach §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB drei Jahre ab dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person der Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte Kenntnis erlangen müssen. Dabei komme es in der Regel auf die Kenntnis der Tatsachen an und nicht darauf, ob der Anspruchsberechtigte aus diesen Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht. Anders sei es lediglich, wenn die Rechtslage so unübersichtlich war, dass selbst ein rechtskundiger Dritter sie nicht zuverlässig einzuschätzen vermochte. Dann könnte der Verjährungsbeginn hinauszuschieben sein, da es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn fehle. Ein solcher Fall liege hier nicht vor. Zur Auslegung des § 46 BBesG a.F. (insbesondere zum Tatbestandsmerkmal „vorübergehend vertretungsweise“) habe es vor 2011 zwar divergierende verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung gegeben, eine höchstrichterliche Rechtsprechung, nach der eine Rechtsverfolgung für den Kläger damals aussichtslos erschien, sei aber nicht ersichtlich. Damit habe die Verjährung der Verwendungszulagenansprüche jeweils am Schluss eines jeden Kalenderjahres begonnen, so dass die Ansprüche für die Jahre bis einschließlich 2007 spätestens am 31. Dezember 2010 verjährt seien. Die Erhebung der Verjährungseinrede durch die Beklagte sei keine unzulässige Rechtsausübung. Aus Gründen der sparsamen Haushaltsführung sei der Dienstherr grundsätzlich gehalten, die Verjährungseinrede zu erheben. Es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte den Kläger treuwidrig veranlasst habe, verjährungshemmende Schritte zu unterlassen.

Auf Antrag des Klägers hat der Senat die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts zugelassen, soweit die Klage abgewiesen wurde.

Der Kläger ist der Auffassung, dass ihm auch für den Zeitraum vom 1. April 2001 bis zum 31. Dezember 2007 eine Verwendungszulage zustehe, und dass diese Ansprüche nicht verjährt seien. Der Beginn der Verjährungsfrist sei nicht mit Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres erfolgt, sondern sei hinausgeschoben gewesen. Zum einen habe er die Tatsachen, aus denen sich das Vorliegen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung einer Verwendungszulage ergibt, nicht gekannt. Zum anderen sei es für ihn bis zum Jahr 2011 nach der damaligen höchstrichterlichen Rechtsprechung aussichtslos gewesen, seine Ansprüche zu verfolgen. So habe das Bundesverwaltungsgericht in zwei Beschlüssen vom 24. September 2008 (2 B 117.07) und 23. Oktober 2008 (2 B 114.07) jeweils die Auffassung vertreten, dass Beamte, denen der höherwertige Dienstposten dauerhaft übertragen wurde, wegen der Nichterfüllung des Tatbestandsmerkmals „vorübergehend vertretungsweise“ von einer Verwendungszulage nach § 46 BBesG a.F. ausgeschlossen seien. Erst im Urteil vom 28. April 2011 (2 C 30.09) habe das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsprechung korrigiert. Unabhängig von dieser Rechtsprechung, habe er als juristischer Laie schon aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts annehmen müssen, dass ihm mangels „vorübergehend vertretungsweise“ Wahrnehmung seiner Dienstposten eine Zulage nicht zustehe. Daher sei es auch irrelevant, wenn einzelne Oberverwaltungsgerichte dieses Tatbestandsmerkmal bereits vor 2008 zu seinen Gunsten ausgelegt haben sollten. Ferner habe er bis zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2015 (2 C 28.13) davon ausgehen müssen, dass der mehrfache Wechsel zwischen verschiedenen höherwertigen Dienstposten jedes Mal zu einer Unterbrechung der Wartefrist von 18 Monaten nach § 46 BBesG a.F. geführt habe. Selbst wenn die Verjährungsfrist abgelaufen sein sollte, wäre es der Beklagten jedenfalls nach Treu und Glauben im Hinblick auf ihre Fürsorgepflicht verwehrt, die Einrede der Verjährung zu erheben. Die Beklagte sei an Recht und Gesetz gebunden. Daher habe sie die kraft Gesetzes entstandenen Besoldungsansprüche, zu denen auch der Anspruch auf Verwendungszulage gehöre, uneingeschränkt zu erfüllen. Die Beklagte dürfe keinen finanziellen Vorteil daraus ziehen, dass sie ihn jahrelang höherwertig beschäftigt habe, ohne ihn entsprechend zu besolden. Im Übrigen habe die Beklagte auf die Ablehnung ihrer Berufungszulassungsanträge in diesem und in anderen Verfahren durch das Oberverwaltungsgericht mit einem Rundschreiben vom 19. Dezember 2019 reagiert, in dem sie ankündige, die Verwendungszulagenansprüche aller Polizeibeamter von Amts wegen zu prüfen und zu bescheiden.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 16. Januar 2018 – 6 K 250/15 – aufzuheben, soweit die Klage abgewiesen wurde, und die

Beklagte zu verurteilen, an ihn unter Aufhebung des Bescheides vom 15. Juni 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. Juli 2012 auch für den Zeitraum vom 1. April 2001 bis zum 31. Dezember 2007 eine Verwendungszulage nach § 46 BBesG a.F. in Höhe der monatlichen Differenz der Besoldungsgruppen A 10 und A 11 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beginn der Verjährung sei nicht wegen einer unklaren Rechtslage über den Schluss des jeweiligen Kalenderjahres hinaus aufgeschoben gewesen. Als das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2011 das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend vertretungsweise“ erstmals in einem für den Kläger günstigen Sinn ausgelegt habe, habe es dies nicht als Änderung seiner Rechtsprechung bezeichnet. Dass die obergerichtliche Rechtsprechung bis dahin uneinheitlich war, reiche nicht für ein Hinausschieben des Verjährungsbeginns aus. Die Erhebung der Verjährungseinrede verstoße nicht gegen Treu und Glauben. Die im Rundschreiben vom 19. Dezember 2019 angekündigte Prüfung und Befriedigung der Verwendungszulagenansprüche aller Polizeibeamter von Amts wegen beziehe sich allein auf die Jahre 2008 bis 2016, da sie – die Beklagte – für diesen Zeitraum gegenüber einigen Beamten (wie z.B. dem Kläger) rechtskräftig zur Zahlung verurteilt worden sei. Darüber hinaus ist die Beklagte der Auffassung, dass die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für eine Gewährung der Verwendungszulage jedenfalls nicht in voller Höhe vorgelegen haben.

Entscheidungsgründe

Die nach der Zulassung durch den Senat statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zurecht abgewiesen, soweit der Kläger eine Verwendungszulage für den Zeitraum vom 1. April 2001 bis zum 31. Dezember 2007 begehrt. Falls dem Kläger für diesen Zeitraum ein Anspruch auf Verwendungszulage zustehen sollte, wäre dieser Anspruch jedenfalls nicht durchsetzbar, weil er verjährt ist und die Beklagte die Verjährungseinrede zulässigerweise erhoben hat.

1. Für eventuelle Ansprüche auf Verwendungszulage für die Zeit vor dem 31. Dezember 2007 war die Verjährungsfrist bereits abgelaufen, bevor der Kläger mit der Einlegung eines Widerspruchs am 14. Oktober 2011 verjährungshemmende Schritte (§ 204 Nr. 12 BGB analog) unternommen hat. Die dreijährige Verjährungsfrist für die Ansprüche aus den Jahren 2001 bis 2007 hat jeweils am Ende des Kalenderjahres zu laufen begonnen und lief mithin für die Ansprüche aus 2007 am 31. Dezembers 2010 und für die Ansprüche aus den Jahren davor entsprechend früher ab.

a) Für die Verjährung des Anspruchs auf Verwendungszulage gilt analog §§ 195, 199 Abs. 1 BGB eine regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (Saarl. OVG, Urte. v. 12.6.2018 – 1 A 567/17, juris Rn. 84). Nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 S. 1 EGBGB gilt dies auch für die Ansprüche aus dem Jahr 2001, mit der Maßgabe, dass die Verjährungsfrist nicht vor dem 1. Januar 2002 zu laufen beginnt.

b) Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist setzt nach § 199 Abs. 1 BGB voraus, dass der Anspruch entstanden ist und dass der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Dass er aus dieser Kenntnis die richtigen Rechtsfolgerungen gezogen hat, wird in der Regel nicht vorausgesetzt (OVG Bremen, Urte. v. 13.3.2019 – 2 LC 332/16, juris Rn. 59). Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die vorgenannten Voraussetzungen eingetreten sind (§ 199 Abs. 1 BGB). Nach diesen Maßstäben begann die Verjährungsfrist vorliegend mit dem Ablauf der jeweiligen Kalenderjahre, für die der Kläger Ansprüche geltend macht, zu laufen.

aa) Soweit dem Kläger ein Anspruch auf Verwendungszulage zugestanden haben sollte, ist dieser jeweils mit Beginn eines jeden Monats für diesen Monat entstanden (vgl. BVerwG, Urte. v. 25.9.2014 – 2 C 16/13, juris Rn. 22).

bb) Der Kläger kannte dabei auch jeweils die anspruchsbegründenden Umstände i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, d.h. die Tatsachen, aus denen sich ein Anspruch nach § 46 BBesG a.F. ergeben könnte.

Der Kläger wusste, dass er einen höherwertigen Dienstposten wahrnimmt und wie lange er dies schon tut. Er wusste ferner, dass dieser Dienstposten keiner besetzten Planstelle zugeordnet ist. Er kannte auch die Umstände, aus denen sich ergibt, dass er laufbahnrechtlich in ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 11 hätte befördert werden können, namentlich das Datum seiner letzten Beförderung.

Der Senat geht allerdings davon aus, dass der Kläger die Tatsachen, aus denen sich das Vorliegen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für eine Verwendungszulage ergibt, nicht gekannt hat. Damit die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, müsste im jeweiligen Monat mindestens eine freie Planstelle der Wertigkeit A 11 im einschlägigen Haushaltstitel des Haushaltsplans zur Verfügung gestanden haben und es dürften keine Haushaltssperren, kW-Vermerke, Nothaushaltsrechte oder andere der Besetzung der freien Planstellen haushaltsrechtlich entgegenstehende Umstände vorgelegen haben. Für die Anspruchshöhe ist entscheidend, wie vielen dem Grunde nach anspruchsberechtigten Beamten jeweils wie viele besetzbare Planstellen gegenüberstanden (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.9.14 – 2 C 16/13, juris Rn. 13, 21).

Die Unkenntnis dieser Umstände hinderte den Verjährungsbeginn indes nicht, denn § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB setzt nur die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände voraus. Nach der Rechtsprechung des Senats handelt es sich bei den haushaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht um anspruchsbegründende Umstände. Vielmehr stellt das Fehlen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen eine Einwendung des Dienstherrn dar, für die dieser die materielle Beweislast trägt (OVG Bremen, Beschl. v. 26.11.2019 – 2 LA 48/18, juris Rn. 20; ebenso Thür. OVG, Urt. v. 20.8.2018 – 2 KO 301/16, juris Rn. 33; VG Münster, Urt. v. 7.7.2016 – 4 K 1085/12, juris Rn. 58 ff.; VG Leipzig, Urt. v. 7.9.2017 – 3 K 1243/11, juris Rn. 35; VG Bremen, Urt. v. 16.1.2018 – 6 K 247/15, juris Rn. 67 f.). Ansonsten wäre die erfolgreiche Geltendmachung des Verwendungszulagenanspruchs dem Anspruchsberechtigten strukturell kaum möglich. Ein einzelner Beamter kann in der Regel keine Aussagen zu verwaltungsinternen Vorgängen wie der Anzahl der freien Planstellen und der Anzahl der höherwertig eingesetzten Beamten machen. Nur der Dienstherr kann darlegen, wie viele Planstellen welcher Wertigkeit im jeweiligen Monat besetzbar waren und dass die Anzahl der Anspruchsberechtigten und die Anzahl der besetzbaren Planstellen nicht identisch war (vgl. VG Bremen, Urt. v. 16.1.2018 – 6 K 247/15, juris Rn. 67 f.; bestätigt durch OVG Bremen, Beschl. v. 26.11.2019 – 2 LA 48/18, juris Rn. 20).

Unkenntnis über die Möglichkeit von Einwendungen schließt den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 BGB nicht aus (vgl. BGH, Urt. v. 22.06.1993 – VI ZR 190/92, NJW 1993, 2614 [2614]; Urt. v. 14.5.2009 – I ZR 82/07, GRUR 2009, 1186 [1188, Rn. 22]; Spindler, in: Bamberger/ Roth/ Hau/ Poseck, BeckOK BGB, Stand 01.11.2019, § 199 Rn. 38; Grothe, in: MüKO BGB, 8. Aufl. 2018, § 199 Rn. 28). Eine andere Beurteilung ist lediglich dann ausnahmsweise geboten, wenn konkrete Anhaltspunkte für Einwendungen des Beklagten bestehen und es daher nahe liegt, dass der Beklagte sich darauf berufen wird (vgl. BGH, Urt. v. 22.06.1993 – VI ZR 190/92, NJW 1993, 2614 [2614]; Urt. v. 14.5.2009 – I ZR 82/07,

GRUR 2009, 1186 [1188, Rn. 22]). Es gab in den Jahren 2002 bis 2007 indes keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass dem Kläger, wenn er einen Anspruch auf eine Verwendungszulage geltend gemacht hätte, das Fehlen einer freien A 11-Planstelle im einschlägigen Haushaltstitel des Haushaltsplans entgegengehalten worden wäre. Seit den 1990er Jahren bis zum anderslautenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. September 2014 (2 C 16/13) war es bei den Dienstherrn bundesweit herrschende Auffassung, dass bereits das Fehlen einer konkreten Zuordnung zwischen Planstellen und Dienstposten (sog. Topfwirtschaft) die Gewährung einer Verwendungszulage ausschließt (vgl. Saarl. OVG, Ur. v. 12.6.2018 – 1 A 567/17, juris Rn. 93 mwN). Aufgrund dieser (irrigen) Rechtsauffassung hätte die Beklagte, die im Bereich der Polizei Topfwirtschaft praktiziert, damals keinen Grund gehabt, sich dem Kläger gegenüber zur Anzahl der im „Topf“ vorhandenen freien Planstellen zu äußern.

c) Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist war auch nicht deshalb über den 31. Dezember des jeweiligen Jahres hinaus aufgeschoben, weil der Kläger damals irrig annahm, ihm stehe ein Anspruch auf Verwendungszulage nicht zu.

Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesen Fällen fehlt es an der Zumutbarkeit der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (BGH, Beschl. v. 16.12.2015 – XII ZB 516/14, juris Rn. 26; BGH, Ur. v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13, juris Rn. 35; BVerwG, Beschl. v. 29.8.2019 – 2 B 57/18, juris Rn. 15; BVerwG, Beschl. v. 20.12.2010 – 2 B 44/10, juris Rn. 7; OVG Bremen, Ur. v. 13.3.2019 – 2 LC 332/16, juris Rn. 60).

Unzumutbar ist die Rechtsverfolgung jedenfalls dann, wenn nach einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Anspruch ausscheidet (vgl. BGH, Beschl. v. 16.12.2015 – XII ZB 516/14, juris Rn. 34; BGH, Ur. v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13, juris Rn. 35, 46; Saarl. OVG, Ur. v. 12.6.2018 – 1 A 567/17, juris Rn. 88 f.). Dagegen ist sie nicht schon deshalb unzumutbar, weil keine Sicherheit besteht, in einem Rechtsstreit zu obsiegen. Die Erfolgsaussichten müssen vielmehr in einem Maße unsicher sein, das das allgemeine Risiko, einen Prozess zu verlieren, übersteigt (vgl. auch BGH, Beschl. v. 16.12.2015 – XII ZB 516/14, juris Rn. 27; BGH, Ur. v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13, juris Rn. 56, 67; Saarl. OVG, Ur. v. 12.6.2018 – 1 A 567/17, juris Rn. 87 f.). Maßgeblich sind dabei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung. Dass die Rechtslage erst unsicher wird bzw. sich eine der Rechtsverfolgung entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelt, nachdem die Verjährung zu laufen begonnen hat, vermag die

Verjährungsfrist nicht zu verlängern (vgl. BGH, Urt. v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13, juris Rn. 45; Saarl. OVG, Urt. v. 12.6.2018 – 1 A 567/17, juris Rn. 92).

Im hiernach maßgeblichen Zeitraum vom 31. Dezember 2001 bis zum 31. Dezember 2007 stand der Geltendmachung eines Verwendungszulagenanspruchs durch den Kläger weder eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen noch erschien eine solche Geltendmachung nach dem damaligen Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum in erheblich größerem Maße unsicher als dies sonst in Verwaltungsrechtsstreitigkeiten üblich ist.

aa) Eine Geltendmachung des Verwendungszulagenanspruchs war in den Jahren 2001 bis 2007 für den Kläger nicht wegen der damaligen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „vorübergehend vertretungsweise“ in § 46 BBesG a.F. unzumutbar.

Zwar war einem Rundschreiben des Bundesinnenministeriums vom 24. November 1997 (GMBI S. 839, 846) zu entnehmen, dass nach dortiger Auffassung das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend vertretungsweise“ die Zahlung einer Verwendungszulage bei unbefristeter oder dauerhafter Übertragung des höherwertigen Dienstpostens ausschließt (vgl. dazu Saarl. OVG, Urt. v. 12.6.2018 – 1 A 567/17, juris Rn. 93). Der Umstand, dass die Exekutive eine bestimmte Rechtsauffassung vertritt, ist jedoch per se ungeeignet, eine verwaltungsgerichtliche Klage oder die vorgelagerte Erhebung eines Widerspruchs als unzumutbar erscheinen zu lassen. Es liegt in der Natur verwaltungsgerichtlicher Prozesse, dass die Verwaltung eine andere Gesetzesauslegung vertritt als der klagende Bürger.

Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts mussten die Beschlüsse vom 24. September 2008 (2 B 117/07, juris Rn. 15) und vom 23. Oktober 2008 (2 B 114/07, juris Rn. 15) damals wohl so verstanden werden, dass eine Rechtsverfolgung aussichtslos erschien, wenn der höherwertige Dienstposten dem Beamten auf Dauer übertragen worden war. Diese Beschlüsse stammen aber aus dem Jahr 2008 und fallen somit nicht in den hier zu betrachtenden Zeitraum. Im Zeitraum von 2001 bis 2007 hatte sich das Bundesverwaltungsgericht zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „vorübergehend vertretungsweise“ noch nicht näher geäußert. Namentlich hatte es dieses Merkmal im Urteil vom 28. April 2005 (2 C 29/04) nicht abschließend definiert. Es hat dort allerdings ausgeführt, dass die Zielsetzung des § 46 Abs. 1 S. 1 BBesG a.F. auch darin bestehe, die Beschäftigungsbehörden davon abzuhalten, freie Dienstposten auf längere Zeit vertretungsweise unterwertig zu besetzen (Rn. 23). Es war durchaus möglich (wenn auch nicht zwingend), dieses Argument so zu verstehen, dass ein Zulagenanspruch auch dann

bestehen kann, wenn der höherwertige Dienstposten für längere Zeit übertragen wurde. In diesem Sinne hat das Bundesverwaltungsgericht diese Stelle in seiner späteren Rechtsprechung dann auch selbst zitiert (vgl. BVerwG, Urt. 28.4.2011 – 2 C 30/09, juris Rn. 12 und 16). Das Bundesarbeitsgericht hat die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „vorübergehend vertretungsweise“ im Urteil vom 17. Mai 2001 (8 AZR 692/00, juris Rn. 70) ausdrücklich offengelassen, meinte aber, es liege jedenfalls „nahe, dass diese Voraussetzung lediglich als Gegensatz zur statusrechtlichen Übertragung des höherwertigen Amtes zu verstehen“ sei. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ließ damit in den Jahren 2001 bis 2007 eine Rechtsverfolgung durch den Kläger nicht als aussichtslos erscheinen, sondern enthielt im Gegenteil sogar Anhaltspunkte dafür, dass dem Kläger ein Verwendungszulagenanspruch zustehen könnte.

Die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte war in diesem Zeitraum uneinheitlich. Das OVG Berlin (Urt. v. 11.9.2001, - 4 B 10.00, juris Rn. 24 – 31) und das OVG Sachsen-Anhalt (Beschl. v. 6.6.2006 – 1 L 35/06, juris Rn. 15 ff.; Beschl. v. 19.4.2007 – 1 L 32/07, juris Rn. 5; Beschl. v. 20.4.2007 – 1 L 39/07 -, juris Rn. 5; Beschl. v. 20.7.2007 – 1 L 114/07, juris Rn. 6; Beschl. v. 30.10.2007 – 1 L 164/07, juris Rn. 6) vertraten ausdrücklich eine dem Kläger günstige Rechtsauffassung. Dagegen vertrat das OVG Schleswig-Holstein die gegenteilige Ansicht (vgl. Urt. v. 19.7.2007 – 3 LB 28/06, juris Rn. 28 f.).

Damit erscheint bei einer Gesamtbetrachtung des Standes der Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal „vorübergehend vertretungsweise“ bis zum 31. Dezember 2007 eine Rechtsverfolgung durch den Kläger nicht wegen Aussichtslosigkeit unzumutbar.

Dem kann der Kläger nicht erfolgreich entgegenhalten, dass die Worte „vorübergehend vertretungsweise“ für ihn so eindeutig zu seinen Lasten zu verstehen gewesen seien, dass er keinen Anlass gehabt habe, sich mit der einschlägigen Rechtsprechung zu befassen. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit kann es für die Frage, ob der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist wegen Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung aufgeschoben ist, nicht auf die subjektiven Rechtskenntnisse des einzelnen Gläubigers oder eine Betrachtung aus der juristischen Laienperspektive ankommen, sondern nur auf den objektiven Meinungsstand in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur (vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 20.12.2010 – 2 B 44/10, juris Rn. 7).

bb) Der Verjährungsbeginn war auch nicht hinausgeschoben, weil eine Geltendmachung des Anspruchs auf Verwendungszulage durch den Kläger nach dem Stand der Rechtsprechung in den Jahren 2001 bis 2007 zu den Auswirkungen der „Topfwirtschaft“ als aussichtslos und damit unzumutbar erschienen wäre.

Dass sich aus einem Rundschreiben des Bundesinnenministeriums vom 24. November 1997 (GMBI S. 839, 846) ergab, dass nach dortiger Ansicht die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für eine Verwendungszulage bei einer „Topfwirtschaft“ nie vorliegen könnten (vgl. dazu Saarl. OVG, Urt. v. 12.06.2018 – 1 A 567/17, juris Rn. 93), ist für den Verjährungsbeginn irrelevant. Aus einer Rechtsauffassung der Exekutive kann nie folgen, dass eine verwaltungsgerichtliche Klage oder ein Widerspruch wegen Aussichtslosigkeit unzumutbar sind (s.o. aa).

In der Rechtsprechung hatte die Gewährung von Verwendungszulagen bei „Topfwirtschaft“ im hier maßgeblichen Zeitraum von 2001 bis 2007 kaum eine Rolle gespielt. Soweit ersichtlich sind aus dieser Zeit nur zwei Entscheidungen veröffentlicht, die sich unmittelbar mit diesem Problem befassten. Beide stammen vom OVG Sachsen-Anhalt und kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen: Im Beschluss vom 6. Februar 2002 (3 L 470/00, juris Rn. 24 ff.) hat das Obergerverwaltungsgericht die Auffassung vertreten, dass auch bei Topfwirtschaft die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für eine Verwendungszulage gegeben seien, wenn im Stellenpool eine freie Planstelle der entsprechenden Wertigkeit zur Verfügung stehe. Im Beschluss vom 30. Oktober 2007 (1 L 164/07, juris Rn. 14) hat es diese Rechtsprechung wieder aufgegeben und war nun der Auffassung, dass eine feste Zuordnung zwischen höherwertigem Dienstposten freier Planstelle erforderlich sei.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich im Zeitraum von 2001 bis 2007 noch nicht explizit mit dieser Frage befasst. Zwar hatte es in drei Entscheidungen Formulierungen wie „[dem Dienstposten] zugeordnete freie Planstelle“ (Beschl. v. 21.8.2003 – 2 C 48/02, juris Rn. 9; Urt. v. 7.4.2005 – 2 C 8/04, juris Rn. 18), „Planstelle des konkreten Amtes“ (Urt. v. 28.4.2005 – 2 C 29/04, juris Rn. 15) und „kongruente Vakanz von Dienstposten und Planstelle“ (Urt. v. 28.4.2005 – 2 C 29/04, juris Rn. 18) benutzt. Jedoch waren die diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte dadurch gekennzeichnet, dass die Zuordnung von Planstelle und Dienstposten unproblematisch gegeben war (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 25.9.2014 – 2 C 16/13, juris Rn. 17). Die zitierten Formulierungen standen mithin nicht in einem Kontext, in dem es darauf ankam, wie sich das Fehlen einer festen Zuordnung von Planstelle und Dienstposten auf die Verwendungszulage auswirkt. Stattdessen sollte die „Vakanzvertretung“ (bei der die dem Dienstposten zugeordnete Planstelle frei ist) von der „Verhinderungsververtretung“ (bei der die dem Dienstposten zugeordnete Planstelle besetzt ist) abgegrenzt und betont werden, dass zur Finanzierung von Verwendungszulagen weder fest einem anderen Dienstposten zugeordnete Planstellen verwendet werden dürfen noch eine Belastung der Haushalte über das im Stellenplan Vorgesehene hinaus entstehen darf.

Da somit von 2001 bis 2007 die höchstrichterliche Rechtsprechung offen und die obergerichtliche Rechtsprechung uneinheitlich war, war die Geltendmachung einer Verwendungszulage in diesem Zeitraum nicht unter dem Aspekt der „Topfwirtschaft“ wegen Aussichtslosigkeit unzumutbar.

Erst ab 2010 mehrten sich erstinstanzliche und obergerichtliche Entscheidungen, die die Gewährung einer Verwendungszulage bei Topfwirtschaft generell ausschlossen (vgl. OVG Sachsen-Anhalt Beschl. v. 8.6.2010 – 1 L 50/10, juris Rn. 6 ff.; Beschl. v. 30.3.2012 – 1 L 19/12, juris Rn. 9; Saarl. OVG, Beschl. v. 6.4.2011 – 1 A 19/11, juris Rn. 41; VG Potsdam, Urt. v. 22.6.2011 – 2 K 2433/08, juris Rn. 39; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.9.2012 – OVG 4 B 36.11, juris Rn. 24; VG Koblenz, Urt. v. 22.11.2012 – 6 K 664.12.KO, juris Rn. 21; VG Frankfurt, Urt. v. 19.8.2013 – 9 K 2490/12.F, juris Rn. 18; VG Regensburg, Urt. v. 6.3.2013 – RO 1 K 12.450, juris Rn. 21). Auf diesen Zeitraum kommt es vorliegend jedoch nicht an, da nur Ansprüche bis zum Jahr 2007 streitgegenständlich sind.

cc) Der Verjährungsbeginn war auch nicht hinausgeschoben, weil eine Geltendmachung des Anspruchs auf Verwendungszulage nach dem Stand der Rechtsprechung in den Jahren 2001 bis 2007 zu der Frage, wie sich Dienstpostenwechsel auf das Tatbestandsmerkmal der „ununterbrochenen Wahrnehmung“ auswirken, als aussichtslos und damit unzumutbar erschienen wäre.

Einschlägige höchstrichterliche oder obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage wurde im Zeitraum von 2001 bis 2007 soweit ersichtlich nicht veröffentlicht. Sie war lediglich Gegenstand vereinzelter erstinstanzlicher Urteile. Dabei waren die Verwaltungsgerichte stets der Auffassung, dass die Wartezeit bei einem Wechsel des höherwertigen Dienstpostens nicht von neuem zu laufen beginne, wenn beide Dienstposten derselben Besoldungsgruppe zugeordnet sind (vgl. VG Magdeburg, Urt. v. 17.1.07 – 5 A 92/06 -, juris Rn. 20; VG Magdeburg, Urt. v. 4.9.2007 – 5 A 17/07, juris Rn. 18; VG Halle (Saale), Urt. v. 26.9.07 – 5 A 222/05, juris Rn. 26). Anders wurde dies lediglich für den Fall gesehen, dass der neue Dienstposten noch höher bewertet ist als der bisherige, also z.B. wenn einem Beamten mit einem Statusamt der Besoldungsgruppe A 10 zunächst ein nach Besoldungsgruppe A 11 und dann ein nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteter Dienstposten übertragen wird (vgl. VG Magdeburg, Urt. v. 6.11.2007 – 5 A 110/07, juris Rn. 26 f.). Dieser Fall lag beim Kläger indes nicht vor. Die wenige Rechtsprechung, die es bis Ende 2007 zu den Auswirkungen eines Dienstpostenwechsels auf die Wartezeit gab, war also für den Kläger günstig.

2. Die Einrede der Verjährung wurde von der Beklagten im Bescheid vom 15. Juni 2012 erhoben.

3. Die Erhebung der Verjährungseinrede verstößt nicht gegen Treu und Glauben und stellt keine unzulässige Rechtsausübung dar.

Die Berufung eines Schuldners auf Verjährung ist treuwidrig und unwirksam, wenn der Gläubiger aus dem gesamten Verhalten des Schuldners für diesen erkennbar das Vertrauen geschöpft hat und auch schöpfen durfte, der Schuldner werde seinen Anspruch auch ohne Rechtsstreit vollständig befriedigen, oder wenn der Verpflichtete bei dem Berechtigten den Eindruck erweckt hat oder aufrechterhält, die Verjährungseinrede nicht geltend machen zu wollen, sondern sich vielmehr auf sachliche Einwendungen zu beschränken. Der Zweck der Verjährungsregelung verlangt, an diesen Einwand strenge Anforderungen zu stellen, so dass dieser einen groben Verstoß gegen Treu und Glauben voraussetzt (BGH, Urteil vom 15.07.2010 – IX ZR 180/09 –, Rn. 19, juris). Die allgemeine Fürsorgepflicht gebietet dem Dienstherrn nicht, Beamte auf den Ablauf von Fristen hinzuweisen und sie zur Geltendmachung ihrer Ansprüche anzuhalten. Aus Gründen der sparsamen Haushaltsführung ist der Dienstherr gehalten, gegenüber Ansprüchen von Beamten die Einrede der Verjährung geltend zu machen. Der Einwand, die Berufung auf die Einrede der Verjährung verstoße gegen Treu und Glauben und sei deshalb unzulässig, setzt ein qualifiziertes Fehlverhalten des Dienstherrn voraus. Das nicht notwendig schuldhafte Verhalten des Dienstherrn muss den Berechtigten veranlasst haben, verjährungshemmende Schritte zu unterlassen (BVerwG, Urt. v. 17.9.2015 – 2 C 26/14, juris Rn. 53 ff.; BVerwG, Urt. v. 15.6.2006 – 2 C 14/05, juris Rn. 23 f.; OVG Bremen, Urt. v. 13.3.2019 – 2 LC 332/16, juris Rn. 76). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

a) Die Personalakte des Klägers enthält keinen Hinweis auf ein Verhalten der Beklagten, das den Kläger davon abgehalten haben könnte, seinen Anspruch auf Verwendungszulage durch Widerspruch und anschließende Klage geltend zu machen. Vielmehr war eine Verwendungszulage vor dem Antrag des Klägers vom Mai 2011 überhaupt kein Thema zwischen ihm und seinem Dienstherrn. Auch der Kläger trägt ein solches Verhalten der Beklagten nicht konkret vor.

b) Soweit der Kläger die Erhebung der Verjährungseinrede bereits deshalb für rechtsmissbräuchlich hält, weil die Beklagte keinen finanziellen Vorteil daraus ziehen dürfe, dass sie ihn jahrelang höherwertig als sein Statusamt beschäftigt hat, kann dem nicht gefolgt werden. Eine für einen längeren Zeitraum gegenüber dem Statusamt höherwertige

Beschäftigung ist Tatbestandsvoraussetzung für das Entstehen eines Anspruchs auf Verwendungszulage. Allein daraus herzuleiten, dass die Erhebung der Verjährungseinrede rechtsmissbräuchlich sei, liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass Verwendungszulagenansprüchen nicht verjähren könnten. Bereits die Prämisse, aus der Rechtswidrigkeit der anspruchsbegründenden Handlung des Schuldners (hier: langjährige höherwertige Beschäftigung ohne finanziellen Ausgleich) könne folgen, dass die Erhebung der Verjährungseinrede rechtsmissbräuchlich ist, ist unzutreffend. Schadenersatzansprüche (z.B. aus § 280 BGB oder § 823 BGB) beispielsweise entstehen in aller Regel durch ein rechtswidriges und sogar schuldhaftes Verhalten des Schuldners, was diesen aber selbstverständlich nicht darin hindert, sich auf Verjährung zu berufen. Für den Einwand, die Erhebung der Verjährungseinrede sei rechtsmissbräuchlich, kommt es nicht darauf an, ob ein rechts- bzw. treuwidriges Verhalten des Schuldners den Anspruch hat entstehen lassen, sondern darauf, ob der Schuldner den Gläubiger treuwidrig von der Vornahme verjährungshemmender Schritte (hier: Erhebung eines Widerspruchs) abgehalten hat.

c) Anders als der Kläger meint, ergibt sich auch kein gegenteiliges Ergebnis, wenn man die Fürsorgepflicht des Dienstherrn und seine Bindung an Recht und Gesetz in die Betrachtung einbezieht. Es entspricht – wie oben ausgeführt – gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass die Fürsorgepflicht der Berufung des Dienstherrn auf Verjährung gegenüber Besoldungsansprüchen nicht entgegensteht. Die Erhebung der Verjährungseinrede verstößt auch nicht gegen die Gesetzesbindung der Verwaltung, denn die Verjährungseinrede ist ein gesetzlich vorgesehenes Verteidigungsmittel des Schuldners.

d) Soweit der Kläger auf ein Rundschreiben vom 19. Dezember 2019 hinweist, in dem die Polizei ankündigt, Verwendungszulagenansprüche von Amts wegen zu prüfen und zu befriedigen, hat die Beklagte klargestellt, dass sich dies lediglich auf Ansprüche aus den Jahren 2008 bis 2016 bezieht. Dies ist nachvollziehbar, denn die Entscheidungen des erkennenden Senats, die Anlass für das Rundschreiben waren, bezogen sich nur auf diesen Zeitraum. Eine Treuwidrigkeit der Erhebung der Verjährungseinrede für davor liegende Zeiträume begründet das Rundschreiben mithin nicht.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 11, § 711 ZPO.

5. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO, § 127 BRRG liegen nicht vor. Die Frage, ab wann es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung bei

verworrener Rechtslage als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB fehlt, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung insoweit, als sie in verallgemeinerungsfähiger Form beantwortet werden kann, geklärt. Wie es sich diesbezüglich speziell mit Ansprüchen aus § 46 BBesG a.F. verhält, betrifft nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts allein die Anwendung dieser Grundsätze im Einzelfall (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.8.2019 – 2 B 57/18, juris Rn. 15 f.). Im Übrigen steht der Umstand, dass es sich bei § 46 BBesG a.F. um ausgelaufenes Recht handelt, einer Zulassung der Grundsatzrevision entgegen; Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Ausnahmefalls bestehen insoweit nicht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.8.2019 – 2 B 57/18, juris Rn. 18). Die Revision war auch nicht wegen einer Divergenz von dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes vom 12. Juni 2018 – 1 A 567/17 zuzulassen. Der Senat weicht mit dem vorliegenden Urteil nicht rechtsatzmäßig von dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes ab, sondern gelangt lediglich bei der Subsumtion des Streitfalls unter dieselben Rechtssätze zu einem anderen Ergebnis (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.8.2019 – 2 B 57/18, juris Rn. 20).

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, (Tag-/Nachtbriefkasten Justizzentrum Am Wall im
Eingangsbereich)

einzu legen. 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.