



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 LB 358/21

VG: 6 K 251/15

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 den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Maierhöfer, den Richter am Oberverwaltungsgericht Traub und den Richter am Verwaltungsgericht Bogner sowie die ehrenamtliche Richterin Strehmel und den ehrenamtlichen Richter Wehrs aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2022 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 2020 abgeändert.

Die Beklagte wird unter entsprechender Aufhebung des Bescheides der Polizei Bremen vom 31. Mai 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Senators für Inneres vom 19. Juli 2012 verpflichtet, an den Kläger für den Zeitraum vom 01. Dezember 2012 bis zum 30. April 2019 eine Verwendungszulage in Höhe von 1.285,96 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 im Berufungsverfahren nur noch eine Zulage für die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben für den Zeitraum vom 01.12.2012 bis zum 30.04.2019.

Der Kläger ist im Polizeidienst der Beklagten tätig. Er wurde mit Wirkung zum 01.10.2003 zum Polizeikommissar (Besoldungsgruppe A 9), mit Wirkung zum 01.12.2011 zum Kriminaloberkommissar (Besoldungsgruppe A 10) und mit Wirkung zum 31.12.2019 zum Kriminalhauptkommissar (Besoldungsgruppe A 11) ernannt. Er wurde bislang wie folgt eingesetzt:

- 30.08.2005 bis 14.01.2007: Dienstposten SB Einsatzdienst/Dienstgruppe (OKZ: S 523-13). Der Dienstposten wurde von der Beklagten mit der Besoldungsgruppe A 9/A 10 bewertet.
- 15.01.2007 bis 22.07.2007: Dienstposten SB Zusatzausbildung (OKZ: A-K 09-88). Der Dienstposten wurde von der Beklagten mit der Besoldungsgruppe A 9/A 10 bewertet.
- 23.07.2007 bis 19.03.2008: Dienstposten SB Polizeilicher Ermittler IuK-Kriminalität, Sonderdelikte, Betrug (OKZ: K 53-20). Der Dienstposten wurde von der Beklagten nach dem Bewertungsbogen vom 22.04.2008 mit der Besoldungsgruppe A 11 bewertet.
- 20.03.2008 bis 07.04.2011: Dienstposten SB Polizeilicher Ermittler (OKZ: K 53-29). Der Dienstposten wurde von der Beklagten mit der Besoldungsgruppe A 11 bewertet.

- 08.04.2011 bis 14.04.2014: Dienstposten SB Polizeilicher Ermittler IuK-Kriminalität und der Sonderdelikte Betrug (OKZ: K 53-22). Der Dienstposten wurde von der Beklagten mit der Besoldungsgruppe A 11 bewertet.

- Ab 15.04.2014: Dienstposten SB Polizeilicher Ermittler Besondere Eigentums kriminalität/Kfz-Kriminalität (OKZ: S 42-22). Der Dienstposten wurde von der Beklagten mit der Besoldungsgruppe A 11 bewertet.

Der Kläger beantragte am 10.05.2011 die Zahlung einer Verwendungszulage für die auf Dauer angelegte Wahrnehmung höher bewerteter Dienstposten.

Mit Bescheid vom 20.09.2011 lehnte die Polizei Bremen den Antrag ab. Dagegen legte der Kläger am 14.10.2011 Widerspruch ein, woraufhin die Polizei den Bescheid aufhob.

Mit Bescheid vom 31.05.2012 lehnte die Polizei Bremen den Antrag erneut ab. Ansprüche vor dem 01.01.2008 seien verjährt. Ab dem 01.01.2008 stehe der Bewilligung entgegen, dass die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Dem Kläger seien seine Dienstposten auch nicht vorübergehend vertretungsweise, sondern dauerhaft übertragen worden. Außerdem lägen die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht vor, da den Dienstposten keine konkrete Planstelle zugeordnet gewesen sei. Der Bescheid wurde dem Kläger am 04.06.2012 zugestellt. Am 03.07.2012 legte der Kläger Widerspruch ein. Mit Widerspruchsbescheid vom 19.07.2012 wies der Senator für Inneres den Widerspruch als unbegründet zurück. Der Widerspruchsbescheid wurde dem Kläger am 23.07.2012 zugestellt.

Der Kläger hat am 20.08.2012 Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben. Zur Begründung hat er vorgetragen, er habe ab dem 01.12.2003 mit Ausnahme des Zeitraumes vom 15.01.2007 bis zum 22.07.2007 einen höherwertigen Dienstposten wahrgenommen. Ansprüche vor dem 01.01.2008 seien nicht verjährt. Es sei nicht zumutbar gewesen, vor dem Jahr 2011 eine Klage zur Durchsetzung des Anspruchs auf Verwendungszulage zu erheben. Zudem ergebe sich aus den Äußerungen der Beklagten, dass sie hinsichtlich von Ansprüchen nach dem 01.01.2008 keine Verjährung geltend mache. Aufgrund dessen dürfe sie sich auch für Ansprüche vor dem 01.01.2008 nicht auf Verjährung berufen. Für den Zeitraum, in dem er mit einem Statusamt der Besoldungsgruppe A 9 einen Dienstposten der Besoldungsgruppe A 11 wahrgenommen habe, stehe ihm ein Anspruch auf Verwendungszulage in Höhe der Differenz zwischen den Besoldungsgruppen A 9 und A 10 zu. Außerdem sei der Dienstposten mit dem OKZ „K 53-20“ vor dem 22.04.2008 nach der Besoldungsgruppe A 10 bewertet gewesen, so dass der

Kläger selbst im Falle einer nachteiligen Auslegung von Januar bis März 2008 Anspruch auf eine Verwendungszulage habe.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

1. den Bescheid der Beklagten vom 31.05.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, ihm für die Zeit vom 01.06.2005 bis zum 30.11.2012 eine Verwendungszulage in Höhe der monatlichen Differenz der Besoldungsgruppen A 9 und A 10 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. die Beklagte zu verpflichten, ihm für den Zeitraum vom 01.12.2012 bis zum 30.04.2019 eine Verwendungszulage 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 hat erstinstanzlich beantragt,
die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie mit Schriftsatz vom 16.09.2020 eine umfangreiche Berechnung vorgelegt und diese mit Schriftsätzen vom 12.10.2020 und 15.10.2020 weiter erläutert. Die Zahlung der vollen Verwendungszulage scheidet diesen Berechnungen zu Folge mangels Vorliegen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen aus. Dem Kläger stehe für den Zeitraum vom 01.12.2012 bis zum 30.04.2019 ein Betrag in Höhe von nur 633,79 Euro zu. Diesen Betrag zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit hat sie mit Schriftsatz vom 12.10.2020 anerkannt.

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 21.10.2020 die Beklagte unter entsprechender Aufhebung des Bescheides der Polizei Bremen vom 31.05.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Senators für Inneres vom 19.07.2012 verpflichtet, dem Kläger eine Verwendungszulage in Höhe von 1.249,91 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 633,79 Euro ohne weitere Sachprüfung zu verurteilen sei.

Darüber hinaus habe der Kläger lediglich einen Anspruch in Höhe von weiteren 616,11 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.

Der Kläger habe dem Grunde nach lediglich für den Zeitraum vom 01.12.2012 bis zum 30.04.2019 einen Anspruch auf Gewährung einer Verwendungszulage.

Er habe mindestens seit März 2008 einen nach Besoldungsgruppe A 11 bewerteten Dienstposten wahrgenommen. Zu diesem Zeitpunkt habe er ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 9 innegehabt. Die Beförderung zum Kriminaloberkommissar (Besoldungsgruppe A 10) sei zum 01.12.2011 erfolgt. Eine weitere Beförderung in ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 11 sei nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BremBG erst ein Jahr später möglich gewesen. Nach Ablauf dieser Wartezeit seien die Voraussetzungen für die Gewährung einer Verwendungszulage bis zur Aufhebung der gesetzlichen Grundlage für die Gewährung von Verwendungszulagen zum 01.05.2019 erfüllt gewesen.

Hingegen scheide im Zeitraum vom 01.06.2005 bis zum 30.11.2012 ein Anspruch auf Gewährung einer Verwendungszulage aus. Gegen die geltend gemachten Ansprüche auf Verwendungszulage für den Zeitraum vom 01.06.2005 bis zum 31.12.2007 habe die Beklagte zu Recht die Verjährungseinrede erhoben. Für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 19.03.2008 scheitere ein Anspruch auf Verwendungszulage jedenfalls an der erforderlichen mindestens 18-monatigen ununterbrochenen Wahrnehmung eines höherwertigen Amtes. Der Kläger habe selbst die Angabe der Beklagten bestätigt, dass er vom 15.01.2007 bis zum 22.07.2007 und damit in einem nicht unerheblichen Zeitraum keine höherwertigen Aufgaben wahrgenommen habe. Die 18-monatige Frist des § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG a.F. habe daher frühestens am 23.07.2007 begonnen. Im Zeitraum vom 20.03.2008 bis zum 30.11.2012 bestehe kein Anspruch auf Verwendungszulage, weil es jedenfalls an der erforderlichen Beförderungsreife des Klägers gefehlt habe. Der Kläger habe jedenfalls seit dem 20.03.2008 durchgängig Dienstposten der Wertigkeit A 11 wahrgenommen. Da er erst mit Wirkung vom 01.12.2011 in ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 10 befördert worden sei, habe er erst ab dem 01.12.2012 die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine Beförderung in ein der Wertigkeit des wahrgenommenen Dienstpostens entsprechendes Statusamt (Besoldungsgruppe A 11) erfüllt.

Soweit im Zeitraum vom 01.12.2012 bis zum 30.04.2019 ein Anspruch auf Verwendungszulage bestehe, 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 entgegenstehe. Es handle sich insoweit um eine Einwendung des Dienstherrn, für die er die materielle Beweislast trage. 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 Januar bis März 2008, von Juni bis Dezember 2010, Januar bis Mai 2012 und Januar bis Mai 2016 hätten Sperrzeiten die Übertragung eines höherwertigen Statusamtes haushaltsrechtlich ausgeschlossen. Vom 01.01.2008 bis zum 28.04.2008, 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 nur 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 10 und dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 in der Lebensalters- bzw. Erfahrungsstufe des Klägers) mit der Anzahl der freien Planstellen der Besoldungsgruppe A 11 bei der Polizei Bremen geteilt durch die

Gesamtzahl der anspruchsberechtigten Beamten der Polizei Bremen aus der Besoldungsgruppe A 10 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 0,4 (mithin um 40%) für den Zeitraum bis zum 31.12.2011 und von 0,2 (20%) für den Zeitraum ab dem 01.01.2012 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 25 % (Zeitraum bis Ende 2011) bzw. 5 % (Zeitraum ab 01.01.2012) zu korrigieren, weil die Beklagte 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. Die Auswirkung der Neubewertung sei im Zeitraum bis Ende 2011 erheblich, weil die Polizei im ersten Halbjahr 2010 eine Neubetrachtung zuvor bereits bewerteter Dienstposten vorgenommen habe. Infolgedessen seien 163 bislang gebündelt nach A9/A10 bewertete Dienstposten neu nach A 11 bewertet worden. Die Inhaberinnen und Inhaber dieser Dienstposten hätten erst im Verlauf des zweiten Halbjahrs 2011 als Anspruchsberechtigte berücksichtigt werden dürfen. Es sei zu schätzen, dass die Anzahl der Anspruchsberechtigten in der Folge um 25 % zu hoch angesetzt worden sei. Im nachfolgenden Zeitraum bestehe nur ein geringerer Korrekturbedarf von fünf Prozent, da die Anzahl der Höherbewertungen zurückgegangen sei. Nach Angaben der Polizei seien im Jahr 2012 29 Dienstposten, im Jahr 2014 elf Dienstposten, im Jahr 2016 neun Dienstposten und im Jahr 2019 fünf Dienstposten von der Wertigkeit A9/A10 auf die Wertigkeit A 11 angehoben worden. 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 insgesamt 1.249,91 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 Senat hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts wegen besonderer rechtlicher und tatsächlicher Schwierigkeiten zugelassen (Beschl. v. 14.05.2021 - 2 LA 400/20). Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts hat der Senat zugelassen, soweit die Klage auf Aufhebung des Bescheides vom 31.05.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.2012 und Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Verwendungszulage für den Zeitraum vom 01.12.2012 bis zum 30.04.2019 abgewiesen wurde. Im Übrigen hat der Senat den Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung abgelehnt (Beschl. v. 07.09.2021 - 2 LA 365/20).

Der Kläger trägt zur Begründung seiner Berufung vor, dass ihm die Verwendungszulage in voller Höhe zustehe. Das Verwaltungsgericht gehe davon aus, dass die Gewährung einer Verwendungszulage nur anteilig in Betracht komme, weil die Zahl der anspruchsberechtigten Beamtinnen und Beamten die Zahl der haushaltsrechtlich ausfinanzierten und besetzbaren Planstellen überstiegen habe und deshalb nach den durch das Bundesverwaltungsgericht aufgezeigten Grundsätzen nur eine anteilige Bewilligung der Verwendungszulage in Betracht komme. Die Anwendbarkeit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf den hier konkret zu entscheidenden Fall unterstellt, könne der Entscheidung des Verwaltungsgerichts gleichwohl nicht gefolgt werden. Das Verwaltungsgericht habe die Höhe der anteilig zu bewilligenden Verwendungszulage unter Anwendung eines Korrekturfaktors „berechnet“, weil die Beklagte nach den gerichtlichen Feststellungen trotz Aufforderung und Fristsetzung nach § 87b Abs. 2 VwGO keine korrekten und für die Berechnung verwendbaren Daten vorgelegt habe. Das Verwaltungsgericht habe bei einer Stichprobe festgestellt, dass die durch die Beklagte übermittelten Zahlen in rund 24 % der Fälle (5 von 21) fehlerhaft gewesen seien. Wenn davon auszugehen sei, dass die durch die Beklagte ermittelten Zahlen in jedem vierten Fall falsch seien, dann bedeute dies in der Summe, dass die durch die Beklagte ermittelten Zahlen insgesamt unbrauchbar seien. Eine Fehlerquote von 24 % sei mehr als nur geringfügig und führe zur fehlenden Verwendbarkeit des Zahlenmaterials insgesamt. Diese Fehlerquote könne auch nicht dadurch ausgeglichen werden, dass das Gericht nach

eigenen Maßstäben einen Korrekturfaktor anwende. Die mit einer Fehlerquote von 24 % in Gänze unbrauchbaren Zahlen führten vielmehr dazu, dass die Beklagte der gerichtlichen Aufforderung, konkrete Berechnungen vorzulegen, nicht nachgekommen sei. Die Vorlage unbrauchbarer Berechnungen genüge der gerichtlichen Aufforderung nicht. Die Konsequenz hieraus sei, dass das Gericht eine Entscheidung nach den Grundsätzen der materiellen Beweislast zu treffen habe. Dies führe dazu, dass die Beklagte wegen der Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes zur Zahlung der Verwendungszulage in voller Höhe zu verurteilen sei. Die lediglich anteilige Befriedigung der Verwendungszulage komme allerdings auch aus einem anderen Grund nicht in Betracht. Die durch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 25.09.2014 – 2 C 16.13 – aufgestellten Grundsätze gölten dann nicht, wenn die mit der Verwendungszulage verbundenen Zwecke aus Gründen, die der Dienstherr zu vertreten habe, nicht erreicht werden könnten. Das Bundesverwaltungsgericht habe die anteilige Kürzung maßgeblich mit dem Gesetzeszweck der Anreizfunktion begründet. Die betroffenen Beamtinnen und Beamten sollten auch dann, wenn aufgrund der hohen Zahl der Anspruchsberechtigten für die Zahlung der vollen Verwendungszulage kein Raum sei, einen Anreiz haben, gleichwohl für einen längeren Zeitraum einen höherwertigen Dienstposten wahrzunehmen. Dies liege einerseits im wohlverstandenen Interesse des Dienstherrn, der darauf angewiesen sei, dass die mit dem höherwertigen Dienstposten verknüpften Aufgaben wahrgenommen werden. Zum anderen stelle die Verwendungszulage sicher, dass der Anspruch auf amtsangemessene Besoldung jedenfalls für die Dauer der nicht unerheblichen Zeit der Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens von mehr als 18 Monaten zumindest faktisch erfüllt werde. Dieser Gesetzeszweck werde dann nicht mehr erreicht, wenn die Verwendungszulage durch eine nur anteilige Gewährung so gering ausfalle, dass es an jeglichem Anreiz für die Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens fehle. Genau dies sei hier der Fall. Der mögliche Anspruch des Klägers belaufe sich auf monatlich rund 300,00 Euro. Nach anteiliger Kürzung verblieben für eine Vielzahl der Monate, in denen das Gericht einen Anspruch angenommen habe, lediglich Beträge in einer Größenordnung von monatlich unter 15,00 Euro. Wenn die Dienstherrin es über Jahre hinweg gezielt unterlasse, Haushaltsmittel in einem solchen Maße bereitzustellen, dass ein dauerhaftes Auseinanderfallen von Statusamt und tatsächlich wahrgenommenem Amt unterbleibe und dass für die vorübergehende Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens zumindest die gesetzlich vorgesehene Verwendungszulage gezahlt werden könne, dann könne ein solches, den Willen des Gesetzgebers unterlaufendes Verhalten nicht dazu führen, dass der Anspruch auf die gesetzlich vorgesehene Verwendungszulage faktisch leerlaufe. Der Umstand, dass über einen Zeitraum von rund 20 Jahren einerseits Dienstposten mit entsprechend zugewiesenen Aufgabenbereichen eingerichtet worden seien und andererseits nicht die Haushaltsmittel bereitgestellt worden seien, um diese

Dienstposten durch dauerhafte Einweisung der Beamtinnen und Beamten in ein Statusamt, das dem Funktionsamt entspricht, zu besetzen, sei nur durch ein Organisationsverschulden der Dienstherrin zu erklären. Die Beklagte sei verpflichtet, die Wahrnehmung der polizeilichen Aufgaben dauerhaft und qualitativ wie auch quantitativ in ausreichendem Maß sicherzustellen. Dies erfordere die Schaffung entsprechender Planstellen für den Polizeivollzugsdienst sowie die Bereitstellung der Haushaltsmittel zur Finanzierung dieser Planstellen. Wenn in einem Umfang von mehreren tausend Stellen die erforderlichen Haushaltsmittel zur dauerhaften Stellenbesetzung nicht bereitstünden, dann liege hierin ein Organisationsverschulden, das zur Folge habe, dass es treuwidrig sei, wenn die Dienstherrin sich gegenüber dem individuellen Anspruch der Beamtinnen und Beamten auf das Fehlen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Zahlung der vollen Zulage berufe. Die Dienstherrin habe es in der Hand, die Voraussetzungen zu schaffen, während die betroffenen Beamtinnen und Beamten bei lebensnaher Betrachtung keine andere Wahl hätten, als den ihnen übertragenen Dienstposten auch länger als 18 Monate und in der Regel über viele Jahre auszuüben. Die systematische Herbeiführung eines nicht ausreichend ausfinanzierten Stellenanteils im Polizeidienst bedeute ein Systemversagen, auf das sich die Beklagte nicht zu ihrer Entlastung berufen könne.

Der Kläger beantragt,

1. den Bescheid der Beklagten vom 31.05.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.2012 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 21.10.2020 zu verpflichten, ihm unter Anrechnung des ausgeurteilten Betrages von 1.249,91 Euro für den Zeitraum 01.12.2012 bis 30.04.2019 eine Verwendungszulage in Höhe der monatlichen Differenz der Besoldungsgruppe A 10 und A 11 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 21.10.2020 abzuändern und die Klage insoweit abzuweisen, als ein Anspruch auf Zahlung einer Verwendungszulage i. H. v. mehr als 1.004,57 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 aber unterhalb von 20 % bleibe. Die übrigen durch das Verwaltungsgericht festgestellten Fehler bei der Ermittlung des Anspruchszeitraums betreffen 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 1.004,57 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.

I. 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 ununterbrochenen 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 im Berufungsverfahren noch streitgegenständlichen Anspruchszeitraum nur teilweise erfüllt.

1. Der Kläger hat dem Grunde nach Anspruch auf Gewährung der begehrten Verwendungszulage für den Zeitraum vom 01.12.2012 bis zum 30.04.2019.

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 10 befunden hat und für mehr als 18 Monate vorübergehend vertretungsweise einen Dienstposten wahrgenommen hat, der von seiner Wertigkeit der Besoldungsgruppe A 11 entspricht, und dass die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung eines Statusamtes der Besoldungsgruppe A 11 vorlagen.

2. Der Kläger hat aber lediglich einen Anspruch auf Gewährung einer Verwendungszulage in Höhe von 1.285,96 Euro. Unstreitig ist der Anspruch der Höhe nach insoweit, als ihn die Beklagte anerkennt, also in Höhe von 1.004,57 Euro. Darüber hinaus steht dem Kläger ein

Anspruch (nur) in Höhe von weiteren 281,39 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 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 30.04.2019 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) Für den Zeitraum Januar bis Mai 2016 liegen die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung einer Verwendungszulage nicht vor. Das Verwaltungsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass in diesem Zeitraum 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.

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 11 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 10 und A 11 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 11-Planstellen im etatisierten Bereich der Polizei Bremen sind zwischen den Beteiligten unstreitig. 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 244,97 Euro beträgt (Verurteilung durch das Verwaltungsgericht zur Gewährung einer Verwendungszulage in Höhe von 1.249,91 Euro;

Anerkenntnis im Berufungsverfahren in Höhe von 1004,94 Euro). Die Beschwer des Klägers ist zwar deutlich höher. Sie dürfte bei 21.305,13 Euro liegen, denn die vom Kläger begehrte volle Verwendungszulage dürfte sich auf 22.555,04 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 mehrerer 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 01.12.2012 und dem 31.12.2016 mehr als 47,12 freie Planstellen ermittelt; weit überwiegend sogar deutlich weniger. Die vom Verwaltungsgericht geschätzte Zahl der monatlich Anspruchsberechtigten lag in diesem Zeitraum zwischen 259 und 298. Dass sich diese Zahl bei einer exakten Feststellung durch den Senat auf etwa 47 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 10 vom 01.12.2012 bis zum 31.12.2016 (mit Ausnahme haushaltsfreier Zeiten) 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 berücksichtigen 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 10.01.2022 sowie der diesbezüglichen Erörterungen in der mündlichen Verhandlung 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 25 % im Zeitraum bis Ende 2011 bzw. 5 % im Zeitraum ab dem 01.01.2012 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 11 höherbewerteten Dienstposten seien als schon am 01.01.2008 nach A 11 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 500 A 11-Dienstposten, die die Beklagte für das Jahr 2008 zugrunde gelegt hat, zuzüglich der insgesamt 217 Höherbewertungen von A 10-Dienstposten nach A 11 bis zum Jahr 2019. Dem gegenüberzustellen sind die im Jahr 2008 bestehenden A 11-Dienstposten zuzüglich der Höherbewertungen nach A 11, die im jeweiligen Anspruchsmonat die Zahl der Anspruchsberechtigten potentiell erhöht haben können. Von diesen Höherbewertungen entfallen 163 auf das erste Halbjahr 2010. Im Jahr 2012 sind 29, im Jahr 2014 elf, im Jahr 2016 neun und im Jahr 2019 fünf 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 nächste Höherbewertungsrunde in 2012 konnte sich dementsprechend erst ab dem 01.07.2014 auf die Zahl der Anspruchsberechtigten auswirken. 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:

Anspruchs- zeitraum	Annahme der Beklagten zur Anzahl der A 11- Dienstposten	Korrekturhypothese [Ausgangswert von 500 A 11- Dienstposten am 01.01.2008 zzgl. der späteren Höherbewertungen, die im Anspruchszeitraum die Zahl der Anspruchs- berechtigten erhöht haben können]	Geschätzte Fehler- marge	Korrektur- wert (gerundet)
01.01.2008 – 31.12.2011	717 [500 + 217]	500 [= 500 + 0]	30,26 %	31 %
01.01.2012 – 30.06.2014	717 [500 + 217]	663 [= 500 + 163]	7,53 %	8 %
01.07.2014 – 30.06.2016	717 [500 + 217]	692 [= 500 + 163 + 29]	3,49 %	4 %
01.07.2016 – 31.12.2016	717 [500 + 217]	703 [= 500 + 163 + 29 + 11]	1,95 %	2 %

(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 0048690 und 00479960 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. Die Beklagte hat zudem in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt, dass ihr eine fehlerfreie Berechnung der Zahl der Anspruchsberechtigten nicht möglich ist. Ihre Berechnungen können demzufolge auch nicht ohne entsprechende Korrektur übernommen werden. 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 den Anspruch des Klägers auf Gewährung einer Verwendungszulage im streitgegenständlichen Zeitraum wie folgt:

Monat	(Unstreitiger) Differenzbetrag zwischen den Besoldungsgruppen A 10 und A 11 in Euro	(Unstreitige) Anzahl freier Planstellen	Anspruchsberechtigte nach Berechnung der Beklagten	Korrigierte Zahl des Anspruchsberechtigten nach Schätzung des Senats	Anspruch in Euro
12.2012	289,98	11,62	372	286	11,78
01.2013	289,98	10,63	363	280	11,01
02.2013	289,98	4,9	364	280	5,07
03.2013	289,98	5,7	365	281	5,88
04.2013	289,98	5,7	364	280	5,90
05.2013	287,5	5,35	362	279	5,51
06.2013	287,5	5,35	363	280	5,49
07.2013	287,5	5,35	366	282	5,45
08.2013	287,5	9,48	361	278	9,80
09.2013	287,5	10,38	360	277	10,77
10.2013	287,5	11,38	360	277	11,81
11.2013	287,5	12,23	356	274	12,83
12.2013	287,5	12,23	356	274	12,83
01.2014	287,5	13,67	352	271	14,50
02.2014	287,5	14,37	352	271	15,24
03.2014	287,5	13,37	352	271	14,18
04.2014	287,5	12,62	354	273	13,29
05.2014	284,13	13,37	352	271	14,02
06.2014	284,13	13,62	353	272	14,23
07.2014	284,13	14,79	356	288	14,59
08.2014	284,13	14,67	354	287	14,52
09.2014	284,13	15,47	350	284	15,48
10.2014	284,13	14,79	347	281	14,95
11.2014	284,13	16,79	343	278	17,16
12.2014	284,13	16,79	339	275	17,35
01.2015	284,13	18,24	340	275	18,85
02.2015	284,13	16,34	337	273	17,01
03.2015	284,13	20,25	334	271	21,23
04.2015	284,13	20,5	339	275	21,18
05.2015	284,13	20,5	340	275	21,18
06.2015	284,13	21,2	339	275	21,90
07.2015	290,09	22,2	338	274	23,50
08.2015	290,09	25,12	337	273	26,69
09.2015	290,09	26,12	333	270	28,06
10.2015	290,09	28,24	334	271	30,23
11.2015	290,09	30,24	333	270	32,49

12.2015	290,09	31,24	330	267	33,94
06.2016	290,09	44,49	352	285	45,28
07.2016	296,76	44,47	333	276	47,81
08.2016	296,76	47,12	333	276	50,66
09.2016	296,76	14,72	332	276	15,83
10.2016	296,76	13,92	330	274	15,08
11.2016	296,76	14,92	329	273	16,22
12.2016	296,76	15,79	324	269	17,42
				Insgesamt	798,20

e) Für die Zeit vom 01.01.2017 bis zum 30.04.2019 steht dem Kläger eine monatliche Verwendungszulage in der Höhe zu, die sein Anspruch im Dezember 2016 hatte (17,42 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 Dezember 2012 bis Dezember 2016 ein Anspruch auf Verwendungszulage in Höhe 798,20 Euro zu. Für den unter 2. e) genannten Zeitraum von Januar 2017 bis April 2019 beläuft sich der Anspruch des Klägers auf 487,76 Euro. In der Summe ergibt sich hieraus der tenorierte Zahlungsanspruch des Klägers in Höhe von insgesamt 1.285,96 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 und trägt dem Umstand Rechnung, dass der Kläger (zuletzt) eine Verwendungszulage in Höhe von 22.555,04 Euro beantragt hat, aber nur hinsichtlich eines Betrags in Höhe von 1.285,96 Euro obsiegt. Der Senat orientiert sich an der zivilgerichtlichen Praxis, die in Bezug auf eine Zuvielforderung die Grenze bei einem Bruchteil von 1/10 des Klagebetrags zieht (vgl. OVG Bremen, Urt. v. 24.06.2020 - 2 LB 39/20, BeckRS 2020, 15780 m.w.N.). Der Kläger hat daher die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Eine Abänderung der verwaltungsgerichtlichen Kostenentscheidung war daher ebenfalls nicht veranlasst.

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

Traub

Bogner