



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 LC 246/21

VG: 6 K 645/20

Im Namen des Volkes!

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

– Kläger und Berufungskläger –

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Stadt Bremerhaven, vertreten durch den Magistrat,
Hinrich-Schmalfeldt-Straße/Stadthaus 1, 27576 Bremerhaven,

– 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 die Richterin am Oberverwaltungsgericht Stybel sowie die ehrenamtliche Richterin Backhaus-Lautenschläger und den ehrenamtlichen Richter Dern aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 05.10.2022 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 6. Kammer – vom 13. April 2021 abgeändert.

Die Beklagte wird unter entsprechender Aufhebung des Bescheides des Magistrats vom 9. April 2021 verpflichtet, an den Kläger für den

Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 30. April 2019 eine weitere Verwendungszulage in Höhe von 1.247,85 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 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 Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger begeht die Gewährung einer Verwendungszulage für die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben für den Zeitraum 01.01.2008 bis 30.04.2019.

Der Kläger war Polizeivollzugsbeamter in der Ortspolizeibehörde der Beklagten. Er wurde mit Wirkung vom .1997 zum Kriminalhauptkommissar (Besoldungsgruppe A 11) befördert und trat mit Ablauf des .2020 in den Ruhestand. Vom 01.02.2006 bis zum Ruhestandseintritt wurde er durchgängig auf einem nach A 12 bewerteten Dienstposten eingesetzt. Auf Antrag des Klägers setzte die Beklagte mit Bescheid vom 11.03.2021 die dem Kläger zustehende Verwendungszulage nach § 46 BBesG a.F. auf 6.858,63 Euro fest. Mit Bescheid vom 09.04.2021 änderte sie die Festsetzung dahingehend, dass die Verwendungszulage 8.330,06 Euro beträgt.

Bereits am 06.04.2020 hatte der Kläger Klage erhoben, zunächst als Untätigkeitsklage. In Höhe von 8.330,06 Euro haben die Beteiligten den Rechtsstreit für erledigt erklärt, nachdem der Festsetzungsbescheid vom 09.04.2021 ergangen war. Der Kläger ist der Ansicht, dass ihm über diesen Betrag hinaus die Verwendungszulage in der vollen sich aus § 46 Abs. 2 BBesG ergebenden Höhe zustehe.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 09.04.2021 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, an ihn für den Zeitraum 01.01.2008 bis 30.04.2019 eine weitergehende

Verwendungszulage in Höhe von 41.584,41 Euro zu zahlen und die Zulage ab Rechtshängigkeit mit fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basissatz zu verzinsen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, die Zahlung der vollen Verwendungszulage scheide aus, weil die monatliche Anzahl der Anspruchsberechtigten die Anzahl der im entsprechenden Monat freien Planstellen überstiegen habe.

Mit Urteil vom 13.04.2021 hat das Verwaltungsgericht das Verfahren eingestellt, soweit die Beteiligten es übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Hinsichtlich des nicht für erledigt erklärteten Teils hat das Verwaltungsgericht die Beklagte unter entsprechender Aufhebung des Bescheides vom 09.04.2021 verpflichtet, dem Kläger eine weitere Verwendungszulage in Höhe von 996,57 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu gewähren. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.

Der Kläger habe dem Grunde nach für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 30.04.2019 einen Anspruch auf Gewährung einer Verwendungszulage. Die für die Gewährung einer Verwendungszulage erforderlichen haushaltrechtlichen Voraussetzungen lägen jedoch nur teilweise vor. Die Geltendmachung dieses Einwandes durch die Beklagte sei nicht treuwidrig. Insbesondere habe die Beklagte nie erklärt, die Ergebnisse früherer, weitgehend erfolgreicher Klageverfahren von Beamten der Landespolizei auf die Polizeibeamten ihrer Ortspolizeibehörde übertragen zu wollen. Der Oberbürgermeister der Beklagten habe mit Schreiben vom 08.03.2013 an die Gewerkschaft der Polizei lediglich erklärt, vor einer Entscheidung über die Gewährung von Verwendungszulagen den rechtskräftigen Abschluss der Klageverfahren zur Landespolizei abzuwarten und auf die Einrede der Verjährung zu verzichten. Für die Übertragung eines höherwertigen Statusamtes habe von Januar bis Mai 2016 eine Sperrzeit bestanden, da nach Auslaufen des alten Haushaltsgesetzes des Landes noch kein neues Haushaltsgesetz verabschiedet gewesen sei. Nach § 15 Abs. 11 des Haushaltsgesetzes des Landes Bremen für das Jahr 2015 und § 14 Abs. 11 des Haushaltsgesetzes des Landes Bremen für das Jahr 2016 habe dies auch eine Beförderungssperre für Beamte der Gemeinden bewirkt, soweit diese – wie die Vollzugsbeamten der Ortspolizeibehörde – aus Mitteln des Landes vergütet oder für sie Kostenerstattungen des Landes an die Gemeinden geleistet werden. In den

verbleibenden Zeiten sei der Anspruch auf Verwendungszulage jeweils monatlich unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nach folgender Formel zu berechnen:

$$\text{möglicher Anspruch} \times \frac{\text{Anzahl der freien Planstellen}}{\text{Gesamtzahl der Anspruchsberechtigten}}$$

Der mögliche Anspruch sei nach § 46 Abs. 2 BBesG a.F. der Unterschiedsbetrag zwischen dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe des Statusamtes und dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe, die der Wertigkeit des wahrgenommenen höherwertigen Dienstpostens entspreche, vorliegend also der Unterschiedsbetrag zwischen dem Grundgehalt der Besoldungsgruppen A 11 und A 12.

Die Übergangsvorschrift des § 79 BremBesG habe für den Zeitraum vom 01.01.2017 bis zum 30.04.2019 nichts an der Anwendbarkeit der vorstehend erläuterten Berechnungsweise geändert. Nach dieser Vorschrift erhielten die 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. Dadurch werde entgegen der Ansicht der Beklagten jedoch nicht die Höhe der Verwendungszulage auf den Stand des 31.12.2016 eingefroren. Eine andere Auslegung stünde im Widerspruch zu dem Wunsch des Gesetzgebers, dass die bereits anspruchsberechtigten Beamtinnen und Beamten durch die Übergangsvorschrift keine Nachteile erleiden sollten.

Die Anzahl der freien Stellen ergebe sich aus der Differenz zwischen den Stellen nach Stellenplan und den besetzten Stellen, die die Kammer aus der Berechnung der Beklagten übernommen habe.

Die Gesamtzahl der Anspruchsberechtigten ergebe sich aus der Formel:

$$\text{Anspruchsberechtigte nach Bestimmung durch die Beklagte} \times (1\text{-Korrekturfaktor})$$

Aufgrund der hohen Zahl von mehr als 600 potentiellen Anspruchsberechtigten könne deren Bestimmung nicht durch das Gericht vorgenommen werden, sondern müsse durch die Verwaltung erfolgen. Das Ergebnis der Berechnungen der Beklagten bilde insoweit den Ausgangspunkt für die weitere Prüfung des Gerichts. Jedoch könne nicht ohne vernünftigen Zweifel angenommen werden, dass die Berechnungen der Beklagten genau zuträfen. Eine stichprobenartige Überprüfung von 10 Personalakten potentiell

Anspruchsberechtigter durch das Gericht habe ergeben, dass die Beklagte die Anspruchsberechtigung in einem Fall unzutreffend verneint habe. Einen weiteren Fehler, der auf einer fehlerhaften Dateneingabe beruht habe, habe die Beklagte in einem Parallelverfahren eingeräumt. Daher sei es geboten, die von der Beklagten genannte Anzahl der Anspruchsberechtigten zugunsten des Klägers um einen Korrekturfaktor von insgesamt 0,1 (also um 10 %) zu reduzieren. Ein Korrekturfaktor von 0,05 resultiere dabei aus möglichen „allgemeinen Fehlern“ der Beklagten bei der Bestimmung der Anspruchsberechtigten. Zwar habe sich der bei der Stichprobe vom Gericht festgestellte Fehler der Beklagten zu ihren Lasten ausgewirkt, da eine eigentlich anspruchsberechtigte Person von der Beklagten nicht als den Anspruch des Klägers mindernd berücksichtigt worden sei. Jedoch zeige das Stichprobenergebnis, dass der Beklagten Fehler unterlaufen seien. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass sich darunter auch Fehler zulasten des Klägers befanden. Ein weiterer Korrekturfaktor von 0,05 folge aus der Komplexität des Bestimmungsverfahrens. Denn es könne nicht ausgeschlossen werden, dass bei der gerichtlichen Stichprobe weitere Fehler unentdeckt geblieben seien.

Das Verwaltungsgericht hat weiter ausgeführt, aus dem Umstand, dass die Beklagte bei der Ortspolizeibehörde eine große Zahl an Beamtinnen und Beamten langjährig auf höherwertigen Dienstposten eingesetzt habe und wegen der vergleichsweise geringen Zahl entsprechender freier Planstellen diese Verwendung nun kaum finanziell honoriere, ergebe sich nicht, dass die Verwendungszulage in voller Höhe zu gewähren sei. Ein dauerhafter Überhang von Beförderungsdienstposten gegenüber entsprechenden Statusämtern könne nicht durch gerichtliche Erweiterung von Besoldungsvorschriften, sondern nur durch die sukzessive Angleichung der Anzahl von Dienstposten und Statusämtern der entsprechenden Wertigkeit gelöst werden. Soweit das Gericht in einigen älteren Klageverfahren von Landespolizeibeamten die volle Verwendungszulage zugesprochen habe, habe sich dies auf andere Sachverhalte und einen anderen Dienstherrn bezogen. Für das vorliegende Verfahren seien diese früheren Entscheidungen daher irrelevant.

Zur Begründung seiner vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung trägt der Kläger Folgendes vor: Ihm stehe die volle Verwendungszulage nach seinem Antrag zu. Für das Fehlen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen trage der Dienstherr die materielle Beweislast. Bei der Ermittlung der verfügbaren Haushaltsmittel sei nicht auf das Personalbudget abzustellen, denn das Personal werde nach Planstellen bewirtschaftet. Eine vollständige Überprüfung der Angaben der Beklagten, zu der sich das Verwaltungsgericht nicht in der Lage sah, würde das Klagebegehren stützen. Bei Einwendungen gegen einen Zahlungsanspruch beziehe sich die Beweislast nicht nur

darauf, ob eine Einwendung vorliege, sondern auch auf ihren Umfang. Wenn sich nicht ermitteln lasse, in welchem Umfang eine Einwendung dem geltend gemachten Anspruch entgegenstehe, erfolge eine Verurteilung zur Zahlung in voller Höhe. Die Beklagte habe nicht schlüssig dargelegt, dass im vorliegenden Fall von der Rechtsprechung abzuweichen sei oder diese zu ergänzen sei, wonach der Anspruch auf eine Verwendungszulage nicht daran scheitere, dass der Stellenplan nicht ausfinanziert sei und die Finanzmittel vollständig abgeflossen seien. Schon die „stichprobenartige Überprüfung von 21 Personen“ habe ergeben, dass die Beklagte den Anforderungen der materiellen Beweislast für das Nichtvorliegen der haushaltrechtlichen Voraussetzungen nicht genüge. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, diese Fehler nun auch bei den nicht überprüften Verfahren aufzuspüren und deren Auswirkungen konkret zu ermitteln. Korrekturfaktoren seien kein probates Mittel. Wenn die Beklagte ihrer Beweislast nicht genüge, könne sie sich nicht auf das Nichtvorliegen der haushaltrechtlichen Voraussetzungen berufen. Insoweit laut Verwaltungsgericht die Zahl der Anspruchsberechtigten „bis Ende 2011 um etwa 25 % überschätzt“ worden sei, könne weiterer Vortrag der Beklagten „nicht ohne Verspätungsrüge nachgelassen werden“.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 13.04.2021 abzuändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 09.04.2021 zu verpflichten, an ihn für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 30.04.2019 eine Verwendungszulage in Höhe von 41.584,41 Euro zu zahlen und die Zulage ab Rechtshängigkeit mit 5 Prozentpunkten über den jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen;
2. hilfsweise, festzustellen, dass sein langjähriger Einsatz auf einem über seinem Statusamt angesiedelten Dienstposten rechtswidrig war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das Vorbringen des Klägers im Berufungsverfahren sei zu großen Teilen nicht auf den vorliegenden Sachverhalt bezogen, sondern auf die Sachverhalte in den Verfahren, in denen Beamte der Landespolizei Verwendungszulagen geltend gemacht hatten. Anders als bei der Landespolizei werde das Personal ihrer Ortspolizeibehörde nicht nach Personalkostenbudgets bewirtschaftet; daher habe sie bei der Berechnung der Zulagenhöhe nicht auf ein solches Budget, sondern auf die freien Planstellen nach dem Stellenplan abgestellt. Im vorliegenden Verfahren habe das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner Stichprobe auch nicht (wie in den Verfahren zur Landespolizei) 21

Personalakten, sondern 10 Personalakten überprüft und dabei (anders als in den Verfahren zur Landespolizei) nicht festgestellt, dass die Anzahl der Anspruchsberechtigten bis Ende 2011 um 25 % überschätzt worden sei. Bezuglich der Anzahl der Anspruchsberechtigten habe das Verwaltungsgericht zurecht ihre Berechnungen als Ausgangspunkt genommen und durch einen Korrekturfaktor ergänzt. Sie, die Beklagte, habe die Anzahl der Anspruchsberechtigten nach einem grundsätzlich ordnungsgemäßen Verfahren bestimmt. Das Verwaltungsgericht habe lediglich nicht ausschließen können, dass dabei in Einzelfällen geringfügige Fehler unterlaufen sind. Damit habe sie, die Beklagte, ihrer materiellen Beweislast genügt, da sie alles ihr Mögliche und Zumutbare zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen habe. In den Fällen, in denen Gerichte bezüglich der Zahlung von Verwendungszulagen Beweislastentscheidungen zugunsten der Kläger getroffen haben, hätten die Dienstherren dagegen nicht einmal ansatzweise darlegen können wie die Zahl der Anspruchsberechtigten bestimmt worden sei. Würde jeder minimale Berechnungsfehler des Dienstherren dazu führen, dass nach Beweislastgrundsätzen die volle Verwendungszulage gezahlt werden muss, würde die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Zulage bei Topwirtschaft nur anteilig zu zahlen sei, praktisch leerlaufen. Dass ihre Berechnungen im Wesentlichen zutreffend seien, zeige sich auch daran, dass von 605 Bescheiden, die sie zu Verwendungszulagen erlassen habe, nur 49 mit Widersprüchen angefochten worden seien, von denen wiederum nur fünf mit der fehlerhaften Bestimmung von Anspruchszeiträumen begründet worden seien.

Der Senat hat die Personalakten sämtlicher 34 Polizeibeamtinnen und –beamten der Beklagten in der Besoldungsgruppe A 11 ausgewertet, die die Beklagte für Zeiträume zwischen Januar 2008 und Dezember 2016 als wegen der Wahrnehmung von Dienstposten der Besoldungsgruppe A 12 verwendungszulagenberechtigt bezeichnet hat. Wegen der Ergebnisse dieser Auswertung wird auf das Hinweisschreiben des Vorsitzenden an die Beteiligten vom 16.06.2022 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Klägers ist nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Im Übrigen ist sie 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.) galten die am 31.08.2006 geltenden bundesrechtlichen Besoldungsvorschriften fort, soweit sich aus dem Bremischen Besoldungsgesetz nichts

Abweichendes ergab. 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 Beamten und Beamten im Geltungsbereich des Bremischen Besoldungsgesetzes – mithin auch auf die Beamten der Beklagten, die eine Gemeinde des Landes Bremen ist – Anwendung gefunden hat. Danach erhält ein Beamter eine Verwendungszulage, wenn ihm die Aufgaben eines höherwertigen Amts vorübergehend vertretungsweise übertragen werden, er 18 Monate diese Aufgaben ununterbrochen wahrgenommen hat sowie die haushaltrechtlichen und laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung dieses Amts 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 01.01.2008 bis zum 30.04.2019.

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

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

2. Der Kläger hat aber lediglich einen Anspruch auf Gewährung einer Verwendungszulage in Höhe von 9.577,88 Euro.

a) Im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen ist das Bestehen eines Anspruchs auf Verwendungszulage insoweit, als das Verwaltungsgericht der Klage stattgegeben hat. Denn nur der Kläger, nicht aber die Beklagte hat Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt.

Nach § 129 VwGO darf das Urteil des Verwaltungsgerichts im Berufungsverfahren nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist. Daraus folgt, dass das Berufungsgericht das angefochtene Urteil zum Nachteil des Berufungsklägers nur auf eine Anschlussberufung hin ändern kann. Was das angefochtene Urteil zuerkannt hat, darf das Berufungsgericht auf die Berufung des Klägers nicht aberkennen, wenn die Beklagte nicht ihrerseits ein Rechtsmittel eingelegt hat (vgl. BGH, Urt. v. 30.11.2012 – V ZR 245/11, juris Rn. 17). Macht der Kläger mehrere Ansprüche geltend, gilt das für jeden von ihnen (vgl. Rudisile, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 42. EL Februar 2022, § 129 VwGO Rn. 5; Blanke, in: Sodan/ Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 129 Rn. 4; Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 129 Rn. 2).

Daraus folgt vorliegend nicht nur, dass das Berufungsurteil in der Summe nicht unter dem erstinstanzlich zugesprochenen Betrag bleiben darf. Es darf vielmehr dem Kläger für keinen einzelnen Monat des Anspruchszeitraums einen geringeren Betrag zuerkennen als es das Verwaltungsgericht getan hat. Denn die Zulagenbeträge, die das Verwaltungsgericht für die einzelnen Monate zugesprochen hat, sind nicht nur „Rechnungsposten“, sondern jeweils eigenständige Ansprüche im prozessualen Sinne. Der Anspruch im prozessualen Sinne, d.h. der Streitgegenstand, ist durch die erstrebte, im Klageantrag zum Ausdruck zu bringende Rechtsfolge sowie den Klagegrund, nämlich den Sachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll, gekennzeichnet (BVerwG, Urt. v. 10.05.1994 – 9 C 501/93, juris Rn. 9). Klagt ein Beamter eine Verwendungszulage ein, ist der Sachverhalt, aus dem sich die Zulage ergibt, für jeden Monat des Anspruchszeitraums

gesondert festzustellen und die Höhe eines eventuellen Anspruchs jeweils für jeden Monat getrennt zu berechnen (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 – 2 C 16/13, juris Rn. 21 f.; OVG Bremen, Urt. v. 13.05.2020 – 2 LB 308/19, juris Rn. 21). Es ist in der gerichtlichen Praxis zudem soweit ersichtlich einhellig akzeptiert, dass eine Klage auf Verwendungszulage z.B. bzgl. einzelner Monate zurückgenommen oder für erledigt erklärt werden kann (vgl. z.B. OVG NW, Beschl. v. 25.02.2014 – 3 A 753/13, juris Rn. 1).

b) In den einzelnen Monaten, für die der Kläger eine Verwendungszulage begeht und in denen er die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach erfüllt, lagen die haushaltrechtlichen Voraussetzungen im Sinne des § 46 BBesG a.F. nur teilweise vor.

Beim Fehlen der haushaltrechtlichen 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 Beklagte hat diese Einwendung durch die Vorlage von Daten und Unterlagen substantiiert. Der Senat hat die Berechnungen der Beklagten insoweit, als sie streitig oder zweifelhaft sind und Fehler zulasten des Klägers enthalten könnten, vollständig überprüft und den dabei festgestellten Sachverhalt rechtlich gewürdigt (aa). Eine Entscheidung nach den Grundsätzen über die materielle Beweislast kommt daher nicht in Betracht. Auch bedarf es angesichts der vollständigen Aufklärung des Sachverhalts durch den Senat weder „Korrekturfaktoren“, wie sie das Verwaltungsgericht angewandt hat, noch einer Schätzung der Anspruchshöhe nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 287 Abs. 2 ZPO, wie sie der Senat in einigen Verfahren von Landespolizeibeamten, die Verwendungszulagen geltend gemacht haben, vorgenommen hat (vgl. zu letzterem OVG Bremen, Urt. v. 19.01.2022 – 2 LB 358/21, juris Rn. 64 ff.). Die Berücksichtigung des (teilweisen) Fehlens der haushaltrechtlichen Voraussetzungen ist nicht infolge eines treuwidrigen Verhaltens der Beklagten ausgeschlossen (bb). 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 (cc).

aa) Die haushaltrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung des höherwertigen Amtes i.S.v. § 46 Abs. 1 BBesG a.F. sind erfüllt, wenn der Beförderung des betreffenden Beamten kein haushaltrechtliches Hindernis entgegensteht (st. Rspr., vgl. z.B. BVerwG, Beschl. v. 11. 04.2016 – 2 B 92/15, juris Rn. 22).

(1) Im Zeitraum von Januar bis Mai 2016 lagen die haushaltrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung einer Verwendungszulage in Gänze nicht vor. Das Verwaltungsgericht

hat zutreffend darauf abgestellt, dass in diesen Zeiträumen nach Auslaufen des vorherigen Haushaltsgesetzes noch kein neues Haushaltsgesetz von der Bremischen Bürgerschaft (Landtag) für das Land Bremen verabschiedet worden war (sogenannte haushaltslose Zeit) und dass dies nach den §§ 15 Abs. 11 der Landeshaushaltsgesetze für 2015 und 2014 auch der Beförderung von Beamten der Gemeinden entgegen stand, wenn diese – wie die Polizeibeamten der Ortspolizeibehörde – aus Mitteln des Landes vergütet oder für ihre Besoldung vom Land Kostenerstattungen an die Gemeinden geleistet werden.

(2) Im übrigen Anspruchszeitraum waren die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen nur teilweise erfüllt.

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, juris 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 die Zahl besetzbarer Planstellen nicht überschreitenden Zahl von Anspruchsberechtigten 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, juris 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 Beförderungsreife, 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, juris Rn. 10 m.w.N.). Hiermit ist das Berechnungsverfahren abschließend beschrieben, das in Fällen der

haushaltrechtlichen Topfwirtschaft bei einer höheren Zahl von Anspruchsberechtigten als von besetzbaren Planstellen anzuwenden ist (BVerwG, Beschl. v. 13.02.2020 - 2 B 43.19, juris Rn. 11).

Soweit der Kläger – zutreffend – vorträgt, bei der Ermittlung der verfügbaren Haushaltsmittel sei auf den Stellenplan und nicht auf das im Haushaltsaufstellungsverfahren beschlossene Personalbudget abzustellen (vgl. ausführlich OVG Bremen, Beschl. v. 26.11.2019 - 2 LA 48/18, juris Rn. 23), besteht kein Bezug zum vorliegenden Sachverhalt. Weder das Verwaltungsgericht noch die Beklagte haben ihren Berechnungen ein Personalkostenbudget zugrunde gelegt. Sie haben auf die Anzahl der A 12- Stellen bei der Ortspolizeibehörde nach dem Stellenplan abgestellt.

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

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

Die Höhe des Differenzbetrages zwischen den Grundgehältern der Besoldungsgruppen A 11 und A 12 in der jeweiligen Lebensalters- bzw. Erfahrungsstufe des Klägers in den einzelnen Monaten des Anspruchszeitraums hat das Verwaltungsgericht weitgehend zutreffend berechnet. Lediglich für die Monate Oktober 2011 bis März 2012 ist die Differenz geringfügig niedriger festzusetzen (364,47 EUR anstatt wie vom Verwaltungsgericht angenommen 364,50 EUR). Zwischen den Beteiligten unstreitig sind ferner die Feststellungen des Verwaltungsgerichts zu der Anzahl der in jedem Monat des Anspruchszeitraums jeweils freien A 12-Planstellen im etatisierten Bereich der Ortspolizeibehörde der Beklagten. Der Senat sieht ebenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Verwaltungsgericht insoweit Fehler unterlaufen sind. Somit kommt es für den Erfolg der Berufung 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 hat das Gericht 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, juris Rn. 8 ff.). Da nur der Kläger, nicht aber die Beklagte Berufung eingelegt hat, hat der Senat nur zu überprüfen, ob die Beklagte von einer zu hohen Anzahl an Anspruchsberechtigten, mit denen sich der Kläger die Verwendungszulage quasi

„teilen“ muss, ausgegangen ist. Es ist also festzustellen, ob die Beamten und Beamten, die die Beklagte als anspruchsberechtigt bezeichnet hat, dies auch wirklich waren. Nicht zu prüfen ist im Berufungsverfahren dagegen, ob noch weitere, von der Beklagten nicht benannte Beamten und Beamten anspruchsberechtigt waren.

Die Beklagte hat 34 Beamten und Beamte der Ortspolizeibehörde mit Statusämtern der Besoldungsgruppe A 11 für Zeiträume zwischen dem 01.01.2008 und dem 31.12.2016 wegen der Wahrnehmung von Dienstposten der Besoldungsgruppe A 12 als verwendungszulagenberechtigt bezeichnet. Der Senat hat die Personalakten dieser Beamten und Beamten angefordert und ausgewertet. Dies führt zu folgendem Ergebnis:

Zutreffend hat die Beklagte die Anspruchszeiträume für die Beamten und Beamten ermittelt. Insoweit wird auf die Ausführungen unter Ziff. 11 – 33 des Hinweisschreibens des Vorsitzenden vom 16.06.2022 verwiesen. Der Kläger hat hiergegen keine Einwände erhoben.

Dem Grunde nach zutreffend hat die Beklagte die Anspruchszeiträume der Beamtin ... ermittelt und ihre Teilzeitbeschäftigung berücksichtigt. In den Monaten Januar 2008 bis Mai 2008 und November 2010 hat sie diese Beamtin allerdings (zugunsten des Klägers) mit einem um 0,05 zu geringen Arbeitskraftanteil in ihre Berechnungen eingestellt. Im Übrigen wird auf Ziff. 10 des Hinweisschreibens des Vorsitzenden vom 16.06.2022 verwiesen.

Zutreffend hat die Beklagte die Anspruchszeiträume für den Beamten ... ermittelt. Die Leitung der „Ermittlungsgruppe ...“ vom 22.06.2015 bis zum 29.07.2015 hat die Wahrnehmung des nach A 12 bewerteten Dienstpostens „Sachbearbeiter ...“ (den der Beamte vom 01.08.2011 bis über den 31.12.2016 hinaus wahrnahm), nicht unterbrochen. Die Leitung der Ermittlungsgruppe ist kein neuer Dienstposten gewesen. Nach dem von Klägerseite unwidersprochen gebliebenen und auch sonst nicht zweifelhaften Vortrag der Beklagten werden Ermittlungsgruppen kurzfristig und vorübergehend eingerichtet, um zielgerichtet schnelle Ergebnisse bei der Verfolgung von bestimmten Straftaten und Delikten zu erreichen. Die Leitung einer solchen Ermittlungsgruppe ist mithin keine fest eingerichtete Funktion. Die in der Ermittlungsgruppe eingesetzten Beamten und Beamten behalten ihre bisherigen Dienstposten; diese werden während der Tätigkeit der Ermittlungsgruppe nicht neu besetzt (auch nicht mit Abwesenheitsvertretern). Im Übrigen wird auf Ziff. 4 des Hinweisschreibens des Vorsitzenden vom 16.06.2022 verwiesen; gegen die dortigen Ausführungen hat der Kläger keine Einwände erhoben.

Zutreffend hat die Beklagte auch die Anspruchszeiträume für den Beamten A. ermittelt. Der Beamte A. hat im Statusamt A 11 vom 01.02.2006 bis zum 31.05.2006 den mit Bes.Gr. A 12 bewerteten Dienstposten „Sachbearbeiter ...“ wahrgenommen. Vom 01.06.2006 bis zum 07.02.2007 war er als Personalratsvorsitzender vollständig freigestellt. Ab dem 08.02.2007 wurde er wieder auf dem Dienstposten „Sachbearbeiter ...“ verwendet, der nach wie vor mit Bes.Gr. A 12 bewertet war. Die Beklagte hat ihn zutreffend vom Beginn des hier streitgegenständlichen Zeitraums (Januar 2008) bis zum Ruhestandseintritt Ende Mai 2010 als Verwendungszulagenberechtigten in ihre Berechnung eingestellt. Denn die Freistellung war für die Erfüllung der achtzehnmonatigen Wartezeit des § 46 Abs. 1 BBesG a.F. unschädlich. Nach § 56 Abs. 1 BremPersVG dürfen die Mitglieder des Personalrats wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt werden. Freigestellte Personalratsmitglieder dürfen durch die Freistellung keine finanzielle Einbuße erleiden (BVerwG, Urt. v. 13.09.2001 – 2 C 34/00, juris Rn. 10). Das Benachteiligungsverbot wirkt für die Zeit nach dem Ausscheiden aus dem Personalrat insofern nach, als Bedienstete nicht deshalb benachteiligt werden dürfen, weil sie vorher dem Personalrat angehört haben (Dannenberg, in: GK-BremPersVG, § 56 Rn. 7). Daher durfte die Freistellung nicht dazu führen, dass der Beamte A. einen Anspruch auf Verwendungszulage später erwirbt, als er ihn ohne die Freistellung erworben hätte. Mithin ist die Freistellung bei der Berechnung der Erfüllung der Wartezeit mitzuzählen (a.A. OVG Sachsen, Urt. v. 11.09.2018 – 2 A 45/17, juris Rn. 28, wonach die Freistellung die Wartezeit zwar nicht unterbricht, aber hemmt).

Abweichend von den Berechnungen der Beklagten war der Beamte B. im Januar 2012 nicht anspruchsberechtigt. Er war nämlich bereits zum 01.01.2012 in ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 12 befördert worden. Dieses Versehen hat die Beklagte inzwischen eingeräumt. Zutreffend hat die Beklagte den Beamten B. indes für die Monate Januar 2008 bis Dezember 2011 als anspruchsberechtigt bezeichnet. Insbesondere nahm der Beamte spätestens ab dem 01.02.2006 ununterbrochen einen nach A 12 bewerteten Dienstposten als Vakanzvertreter war. Mithin war die Wartezeit von 18 Monaten schon vor Januar 2008 abgelaufen.

Abweichend von den Berechnungen der Beklagten war der Beamte C. von Februar bis November 2010 nicht anspruchsberechtigt. Denn ab dem 28.01.2010 nahm er nicht mehr einen A 12-Dienstposten wahr, sondern einen A 11-Dienstposten, der seinem Statusamt entsprach. Dieses Versehen hat die Beklagte inzwischen eingeräumt. Zutreffend hat die Beklagte den Beamten C. dagegen für die Monate Januar 2008 bis Januar 2010 als anspruchsberechtigt berücksichtigt, davon ab Juli 2009 nur im Umfang von 0,85, weil er ab diesem Monat teilzeitbeschäftigt war. Insoweit wird auf Ziff. 8 des Hinweisschreibens des

Vorsitzenden vom 16.06.2022 verwiesen; gegen die dortigen Ausführungen hat der Kläger keine Einwände erhoben.

Abweichend von den Berechnungen der Beklagten war der Beamte D. nicht von November 2015 bis Juni 2016, der Beamte E. nicht von Februar 2015 bis August 2015, der Beamte Niklasch nicht von Januar 2008 bis August 2014 und der Beamte F. nicht von Januar 2008 bis März 2008 anspruchsberechtigt. Die Beklagte hat bei diesen Beamten jeweils übersehen, dass das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend vertretungsweise“ des § 46 Abs. 1 BBesG a.F. nur in Fällen der Vakanzvertretung, nicht aber bei einer Abwesenheitsvertretung erfüllt ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 – 2 C 16/13, juris Rn. 12). Dieses Versehen hat die Beklagte inzwischen eingeräumt. Im Übrigen wird auf Ziff. 2, 3, 5 und 7 des Hinweisschreibens des Vorsitzenden vom 16.06.2022 verwiesen; gegen die dortigen Ausführungen haben die Beteiligten keine Einwände erhoben.

Abweichend von den Berechnungen der Beklagten war der Beamte G. im Juni 2010 und im Juli 2010 nicht anspruchsberechtigt. Der Beamte wurde zum 01.10.2001 nach A 11 befördert. Ab dem 01.12.2008 nahm er einen Dienstposten mit der Wertigkeit A 12 wahr. Vom 25.05.2009 bis zum 24.07.2009 befand er sich in Elternzeit. Danach nahm er erneut mit A 12 bewertete Dienstposten wahr, bis er zum 01.03.2011 auf einen mit A 11 bewerteten und damit seinem Statusamt entsprechenden Dienstposten umgesetzt wurde. Bis zum Beginn der Elternzeit hatte der Beamte 5 Monate und 24 Tage lang einen A 12-Dienstposten wahrgenommen. Die Elternzeit hat zwar keine Unterbrechung der Dienstpostenwahrnehmung in dem Sinne bewirkt haben, dass die 18-monatige Wartezeit nach § 46 Abs. 1 BBesG a.F. danach von vorne zu laufen begann. Jedoch zählen die Monate der Elternzeit für die Erfüllung der Wartefrist nicht mit (vgl. VG Berlin, Urt. v. 29.05.2013 – 26 K 493.12, juris Rn. 16 f.; VG Bremen, Urt. v. 16.01.2018 – 6 K 247/15, juris Rn. 46 ff. [insbes. Rn. 48]; ebenso für eine Ausgleichszulage nach § 13 Abs. 2 BBesG OVG Sachsen, Urt. v. 10.09.2013 – 2 A 177/11, juris Rn. 27 ff.). Die Wartezeit lief damit erst am 25.07.2009 weiter. Die noch fehlenden 12 Monate und 6 Tage der Wahrnehmung eines A 12-Dienstpostens waren daher erst am 31.07.2010 erfüllt. Erst ab August 2010 bestand somit Anspruch auf Verwendungszulage. Von dahin bis Februar 2011 hat die Beklagte den Beamten G. zutreffend als anspruchsberechtigt angesehen.

Es ergeben sich somit folgende Anspruchsberechtigungen (ohne Monate mit Sperrzeit oder 0 Planstellen):

(....)

Hieraus ergeben sich – unter Berücksichtigung des Verbots der reformatio in peius – folgende Anspruchshöhen:

Monat	Sperrzeit	Differenz A 11 zu A 12	freie Planstellen	Anspruchs- berechtigte	Anspruch in EUR	Ausspruch VG in EUR	Maßgeblicher Betrag in EUR
1.08		329,99	5,07	16,8	99,59	99,14	99,59
2.08		329,99	5,07	16,8	99,59	99,14	99,59
3.08		329,99	5,37	16,8	105,48	105,01	105,48
4.08.		329,99	6,37	17,8	118,09	124,57	124,57
5.08		329,99	6,37	17,8	118,09	124,57	124,57
6.08		329,99	7,2	17,75	133,86	140,80	140,80
7.08		329,99	7,2	17,75	133,86	140,80	140,80
8.08		329,99	7,2	17,75	133,86	140,80	140,80
9.08		329,99	6,37	18,75	112,11	118,26	118,26
10.08		329,99	6,52	18,75	114,75	121,04	121,04
11.08		329,99	6,52	18,75	114,75	121,04	121,04
12.08		329,99	6,52	18,75	114,75	121,04	121,04
1.09		329,99	6,52	18,75	114,75	121,04	121,04
2.09		329,99	6,32	17,75	117,50	123,59	123,59
3.09		339,89	6,32	17,75	121,02	127,30	127,30
4.09		339,89	6,32	18,75	114,57	120,85	120,85
5.09		339,89	6,32	18,75	114,57	120,85	120,85
6.09		339,89	6,32	18,75	114,57	120,85	120,85
7.09		339,89	6,32	18,6	115,49	121,77	121,77
8.09		339,89	6,32	18,6	115,49	121,77	121,77
9.09		339,89	6,32	18,6	115,49	121,77	121,77
10.09		339,89	6,22	18,6	113,66	119,85	119,85
11.09		339,89	6,22	18,6	113,66	119,85	119,85
12.09		339,89	6,22	18,6	113,66	119,85	119,85
1.10		339,89	6,22	17,6	120,12	126,29	126,29
2.10		339,89	6,22	16,75	126,22	126,29	126,29
3.10		343,97	6,22	16,75	127,73	127,81	127,81
4.10		343,97	6,22	16,75	127,73	127,81	127,81
5.10		343,97	6,22	16,75	127,73	127,81	127,81
6.10		343,97	6,22	15,75	135,84	127,81	135,84
7.10		343,97	6,22	13,75	155,60	143,21	155,60
8.10		343,97	2,22	14,75	51,77	51,11	51,77
9.10		343,97	4,22	14,75	98,41	97,16	98,41
10.10		343,97	4,22	13,75	105,57	103,39	105,57

11.10		343,97	3,22	13,75	80,55	79,14	80,55
12.10		343,97	3,22	13,75	80,55	83,43	83,43
1.11		343,97	3,22	13,75	80,55	83,43	83,43
2.11		343,97	3,22	13,75	80,55	83,43	83,43
3.11		343,97	3,22	12,75	86,87	89,50	89,50
4.11		293,56	2,22	11,75	55,46	56,79	56,79
5.11		293,56	2,22	11,88	54,86	56,24	56,24
6.11		293,56	2,22	11,88	54,86	56,24	56,24
7.11		293,56	3,00	11,88	74,13	76,00	76,00
8.11		307,49	3,00	13,88	66,46	76,54	76,54
9.11		307,49	3,22	13,88	71,33	73,96	73,96
10.11		364,47	2,22	11,88	68,11	69,83	69,83
11.11		364,47	2,32	11,88	71,18	72,98	72,98
12.11		364,47	2,32	11,88	71,18	72,98	72,98
1.12		364,47	1,32	10,88	44,22	41,52	44,22
2.12		364,47	1,17	10,88	39,19	39,90	39,90
3.12		364,47	1,00	10,88	33,50	34,11	34,11
4.12		281,14	1,00	10,88	25,84	26,31	26,31
5.12		281,14	1,00	10,88	25,84	26,31	26,31
6.12		281,14	1,00	10,88	25,84	26,31	26,31
7.12		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
8.12		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
9.12		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
10.12		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
11.12		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
12.12		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
1.13		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
2.13		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
3.13		371,40	1,00	9,88	37,59	37,95	37,95
4.13		371,40	1,00	8,88	41,82	41,79	41,82
5.13		376,97	1,00	8,88	42,45	42,42	42,45
6.13		376,97	1,00	8,88	42,45	42,42	42,45
7.13		376,97	1,00	8,88	42,45	42,42	42,45
8.13		376,97	1,00	8,88	42,45	42,42	42,45
9.13		376,97	2,00	8,88	84,90	84,83	84,90
10.13		376,97	1,00	8,88	42,45	42,42	42,45
11.13		376,97	1,00	8,88	42,45	42,42	42,45
12.13		376,97	1,00	8,88	42,45	42,42	42,45
1.14		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
2.14		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00

3.14		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
4.14		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
5.14		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
6.14		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
7.14		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
8.14		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
9.14		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
10.14		382,63	1,00	14	27,33	30,37	30,37
11.14		382,63	1,00	14	27,33	30,37	30,37
12.14		382,63	1,00	15	25,51	28,34	28,34
1.15		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
2.15		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
3.15		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
4.15		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
5.15		382,63	3,00	11	104,35	106,29	106,29
6.15		382,63	3,00	11	104,35	106,29	106,29
7.15		390,66	3,00	11	106,54	108,52	108,52
8.15		390,66	3,00	11	106,54	108,52	108,52
9.15		390,66	3,00	12	97,67	108,52	108,52
10.15		390,66	3,00	12	97,67	108,52	108,52
11.15		390,66	3,00	12	97,67	103,90	103,90
12.15		390,66	3,00	12	97,67	100,17	100,17
1.16	Ja	-	-	-	0,00	0,00	0,00
2.16	Ja	-	-	-	0,00	0,00	0,00
3.16	Ja	-	-	-	0,00	0,00	0,00
4.16	Ja	-	-	-	0,00	0,00	0,00
5.16	Ja	-	-	-	0,00	0,00	0,00
6.16		390,66	6,00	13	180,30	186,03	186,03
7.16		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
8.16		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
9.16		-	0,00	-	0,00	0,00	0,00
10.16		399,65	1,00	7	57,09	63,44	63,44
11.16		399,65	1,00	7	57,09	63,44	63,44
12.16		399,65	1,00	8	49,96	55,51	55,51
							7099,23

bb) Der Beklagten ist die Geltendmachung des Einwands der (teilweise) fehlenden haushaltrechtlichen Voraussetzungen nicht deshalb nach Treu und Glauben verwehrt, weil sie systematisch Beamte auf höherwertigen Dienstposten beschäftigt hat ohne über gleich viele freie Planstellen der entsprechenden Wertigkeit zu verfügen. Nach der

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist das Erfordernis der Erfüllung der haushaltrechtlichen 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).

Auch aus dem Schreiben des Oberbürgermeisters der Beklagten vom 08.03.2013 an die Gewerkschaft der Polizei und dem Umstand, dass das erkennende Gericht einigen Landespolizeibeamten nach Beweislastgrundsätzen die Verwendungszulage in voller Höhe zugesprochen hat (vgl. z.B. Beschl. v. 26.11.2019 – 2 LA 48/18, juris), ergibt sich nicht, dass die Berufung der Beklagten auf (teilweise) fehlende haushaltrechtliche Voraussetzungen treuwidrig ist. Die Verfahren, in denen den Klägern nach Beweislastgrundsätzen die volle Verwendungszulage zugesprochen wurde, betrafen eine andere Dienstherrin und eine andere prozessuale Situation. Dort waren die Tatsachen, aus denen sich das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der haushaltrechtlichen Voraussetzungen ergibt (Anzahl der freien Planstellen; Anzahl der Anspruchsberechtigten) wegen der Komplexität des Sachverhalts und fehlenden Mitwirkung der dortigen Beklagten unaufklärbar geblieben (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 26.11.2019 – 2 LA 48/18, juris Rn. 12 ff.). Vorliegend konnten diese Tatsachen indes aufgeklärt werden (s.o. unter aa), (2)). Ein berechtigtes Vertrauen des Klägers darauf, dass sein Verfahren entsprechend den Beweislastentscheidungen zugunsten einiger Landespolizeibeamter entschieden wird, kann insbesondere nicht auf das Schreiben des Oberbürgermeisters der Beklagten vom 08.03.2013 gestützt werden. Der Oberbürgermeister hat in diesem Schreiben nicht zugesichert, die Ergebnisse der Klageverfahren der Landespolizeibeamten ungeprüft und ohne Abstriche auf die Polizeibeamten der Beklagten zu übertragen. Er hat vielmehr ausdrücklich erklärt, nach Abschluss der Klageverfahren der Landespolizeibeamten müsse „*geprüft [werden], inwieweit eine Übertragung auf die in Bremerhaven gestellten Anträge möglich ist*“.

cc) Für die Zeit vom 01.01.2017 bis zum 30.04.2019 steht dem Kläger materiell eine monatliche Verwendungszulage in der Höhe zu, die sein Anspruch im Dezember 2016 hatte (49,96 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 entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts 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 (dazu ausführlich OVG Bremen, Urt. v. 19.01.2022, - 2 LB 358/21, juris Rn. 94). Jedoch ist der Senat durch das aus § 129 VwGO folgende Verbot der *reformatio in peius* zu Lasten der allein rechtsmittelführenden Partei (hier: des Klägers) daran gehindert, dem Kläger für einzelne Monate weniger zuzusprechen, als es das Verwaltungsgericht getan hat (s.o. a).

Monat	Materieller Anspruch	Vom VG zugesprocher Betrag in EUR	Maßgeblicher Betrag in EUR
01.2017	49,96	74,01	74,01
02.2017	49,96	74,01	74,01
03.2017	49,96	74,01	74,01
04.2017	49,96	74,01	74,01
05.2017	49,96	74,01	74,01
06.2017	49,96	74,01	74,01
07.2017	49,96	105,68	105,68
08.2017	49,96	105,68	105,68
09.2017	49,96	105,68	105,68
10.2017	49,96	105,68	105,68
11.2017	49,96	105,68	105,68
12.2017	49,96	105,68	105,68
01.2018	49,96	36,23	49,96
02.2018	49,96	36,23	49,96
03.2018	49,96	36,23	49,96
04.2018	49,96	36,23	49,96
05.2018	49,96	36,23	49,96
06.2018	49,96	36,23	49,96
07.2018	49,96	37,09	49,96
08.2018	49,96	37,09	49,96
09.2018	49,96	37,09	49,96
10.2018	49,96	129,80	129,80
11.2018	49,96	126,51	126,51
12.2018	49,96	129,80	129,80
01.2019	49,96	0,00	49,96
02.2019	49,96	0,00	49,96
03.2019	49,96	159,47	159,47

04.2019	49,96	305,37	305,37
			2478,65

c) Nach alledem steht dem Kläger ein Zahlungsanspruch in Höhe von insgesamt 9.577,88 Euro zu, der in Höhe von 8.330,06 Euro schon erfüllt wurde. Es verbleibt der tenorierte Anspruch von 1.247,82 Euro. Das sind 251,25 Euro mehr, als vom Verwaltungsgericht zugesprochen.

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

4. Der Hilfsantrag, festzustellen, dass der langjährige Einsatz des Klägers auf einem über seinem Statusamt angesiedelten Dienstposten rechtswidrig war, ist unzulässig. Ein berechtigtes Interesse des Klägers an einer solchen Feststellung (§ 43 Abs. 1 VwGO) ist nicht erkennbar. Es kann nicht auf die Gefahr, erneut auf einem höherwertigen Dienstposten verwendet zu werden, gestützt werden. Denn der Kläger befindet sich inzwischen im Ruhestand. Auch mit der Absicht, Schadensersatz zu fordern, kann ein Feststellungsinteresse vorliegend nicht begründet werden. Denn aus der Verwendung des Klägers auf einem höherwertigen Dienstposten kann sich offensichtlich kein Schadensersatzanspruch ergeben. § 46 BBesG a.F. hat abschließend geregelt, in welchen Fällen ein Beamter einen finanziellen Ausgleich für die Verwendung auf einem höherwertigen Dienstposten erhält. Zudem ist dem Kläger durch die Verwendung auf einem höherwertigen Dienstposten kein finanzieller Schaden entstanden. Wäre er amtsangemessen auf einem nach der Bes.Gr. A 11 bewerteten Dienstposten verwendet worden, hätte er erst recht keine höhere Besoldung als diejenige aus der Bes.Gr. A 11 erhalten (vgl. VG Bremen, Urt. v. 27.10.2020 – 6 K 102/12, juris Ziff. 86 f.).

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision ist 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

einzulegen. 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 Vertretungzwang; 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

Stybel