



Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

Az.: 6 K 252/15

Im Namen des Volkes!

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

...

Klägers,

Prozessbevollmächtigte:

...

g e g e n

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

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter:

Herr Ltd. Regierungsdirektor Kahle, Performa Nord, Geschäftsbereich
Personalbetreuung, Schillerstraße 1, 28195 Bremen

hat das Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 6. Kammer - durch Richterin Korrell, Richterin Weidemann und Richter Till sowie die ehrenamtlichen Richter John und Koch aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Januar 2018 für Recht erkannt:

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom2013 verpflichtet, dem Kläger ab dem2008 bis zum2017 eine Verwendungszulage nach § 46

BBesG a. F. in Höhe des monatlichen Unterschiedsbetrages zwischen seinem jeweiligen Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 10 und dem entsprechenden Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz pro Rate seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger begehrt die rückwirkende Gewährung einer Verwendungszulage für die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben seit2018 bis2017.

Der am1958 geborenen Kläger ist Beamter auf Lebenszeit bei der Beklagten. Mit Wirkung zum2001 wurde er zum Kriminaloberkommissar (Besoldungsgruppe A10) ernannt. In diesem Statusamt verblieb er bis heute. Nachdem er zunächst in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A10 eingewiesen worden war, nahm er später folgende Funktionen wahr:

-2004 bis2006: „Sachbearbeiter Datenverarbeitung OK und RG“ (K412-13), bei Verwendung als „Sachbearbeiter Rechtsextremismus/-terrorismus, NS-Gewaltdelikte, Landesverrat“ im K 62
-2006 bis2006: Verwendung als „Sachbearbeiter Politisch motivierte Ausländerkriminalität“ (A-K 621/14)
-2006 bis2007: „Sachbearbeiter Politisch motivierte Ausländerkriminalität“ (A-K 621/14)
-2007 bis2008: „Sachbearbeiter Polizeivollzugsdienst Politisch motivierte Ausländerkriminalität“ (AK 620-17)
- Seit2008: „Sachbearbeiter Polizeilicher Ermittler Politisch motivierte Kriminalität (PMK) Ausländer, Islamistischer Extremismus/Terrorismus“ (K 62-26)

Alle Funktionsstellen wurden von der Beklagten mit der Besoldungsgruppe A 11 bewertet.

Mit Schreiben vom2011 beantragte der Kläger eine Zulage für die Wahrnehmung eines höherwertigen Amtes. Dieser Antrag wurde von der Polizei Bremen mit Bescheid vom2011 abgelehnt. Auf einen Widerspruch des Klägers hin wurde der Ablehnungsbescheid unter dem2012 zunächst aus formalen Gründen aufgehoben. Am2012 erging erneut ein ablehnender Bescheid.

Gegen diesen legte der Kläger mit Schreiben vom2012 Widerspruch ein. Er trug u. a. vor, er nähme seit dem2004 ein höherwertiges Amt wahr. Damit bestünde grundsätzlich ein Anspruch auf eine Verwendungszulage.

Der Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom2013 durch den Senator für Inneres und Sport zurückgewiesen. Er führte aus, die Verwendung als „Sachbearbeiter Rechtsextremismus/-terrorismus, NS-Gewaltdelikte, Landesverrat“ im K62 sei vorübergehend übertragen worden, ebenso die Verwendung als „Sachbearbeiter Politisch motivierte Ausländerkriminalität“ (A-K 621/14) vom2006 bis2006. Diese (A-K 621/14) sei dem Kläger zum2008 jedoch endgültig und dauerhaft übertragen worden. Bei der Übertragung der Funktionen „Sachbearbeiter Polizeivollzugsdienst Politisch motivierte Ausländerkriminalität“ (AK 620-17) sowie „Sachbearbeiter Polizeilicher Ermittler Politisch motivierte Kriminalität (PMK) Ausländer, Islamistischer Extremismus/Terrorismus“ (K 62-26) habe es sich lediglich um organisatorische Änderungen gehandelt, nicht um die Übertragung neuer Funktionen. Damit liege für die ab2006 wahrgenommene Funktion keine vorübergehende vertretungsweise Übertragung vor. Im Falle der Tätigkeit als „Sachbearbeiter Rechtsextremismus/-terrorismus, NS-Gewaltdelikte, Landesverrat“ sei dies zwar anders gewesen und zum Ablauf der 18-monatigen Wartefrist am2006 habe auch die für eine Zulagenzahlung notwendige Beförderungsreife vorgelegen. Allerdings könne dennoch keine Zulage gewährt werden, da aufgrund des in Bremen praktizierten Modells der sog. „Topfwirtschaft“ die haushaltrechtlichen Voraussetzungen nicht vorlägen. Zudem stehe der Eintritt der Verjährung ab dem2008 der Gewährung einer Verwendungszulage für diese Zeiten entgegen.

Hiergegen hat der Kläger am2013 Klage erhoben. Diese wurde zunächst unter dem Aktenzeichen 6 K 231/13 geführt. Mit Beschluss vom2013 wurde bis zu einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Revisionsverfahren 2 C 16/13 das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Nachdem die Entscheidung ergangen ist, wird das Verfahren unter dem jetzigen Aktenzeichen weitergeführt.

Zur Begründung seiner Klage hat der Kläger auf seine Widerspruchsbegründung verwiesen und ergänzend vorgetragen. Insoweit wird auf den Inhalt der Gerichtsakte Bezug genommen.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom2013 zu verpflichten, dem Kläger ab dem2008 bis zum2017 eine Zulage in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen seinem jeweiligen Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 10 und dem entsprechenden Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz pro Rate seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung verweist sie auf den Widerspruchsbescheid vom2013. Der Zulagengewährung stehe entgegen, dass dem Kläger die Dienstposten nicht vorübergehend vertretungsweise übertragen worden seien. Auch liege eine 18-monatige ununterbrochene Aufgabenwahrnehmung im Sinne des § 46 BBesG a. F. nicht vor, wenn die Vakanzvertretungszeiten auf verschiedenen Dienstposten erfolgt seien. Zudem finde der Grundsatz der zeitnahen Geltendmachung Anwendung.

Darüber hinaus trägt die Beklagte vor, in Bezug auf die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen müsse zunächst die Zahl der Anspruchsberechtigten ermittelt werden. Die Überprüfung, welche Beamten im Bereich der Polizei Bremen ab welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen für die Gewährung einer Verwendungszulage erfüllen, falle unvorhergesehen aufwendig aus. Es sei eine genaue Prüfung der Personalakte der Beamten von Nöten, die auf einem gegenüber ihrem Statusamt höher bewerteten Dienstposten eingesetzt sind. Festzustellen sei,

- welche Beamten überhaupt in Betracht kämen;
- das jeweilige Beschäftigungsvolumen;
- die jeweilige Besoldungsgruppe;
- die Besetzung der jeweiligen Funktionsstellen (Zeitpunkt der Besetzung und Zeitraum);

- jeweilige Stellenbewertung entsprechend der besetzten Funktionsstelle;
- jeweils zur Verfügung stehende Planstellen je Monat.

Sie hat Tabellen vorgelegt, aus denen sich die Höhe des monatlichen Zulagenanspruchs für die Besoldungsgruppe A9 für das Jahr 2008 ergeben soll. Auch wenn diese Übersicht nicht vollständig sei, werde deutlich, dass es angesichts des Verhältnisses von Anspruchsberechtigten und jeweils freien Planstellen ausgeschlossen sei, dass den Anspruchsberechtigten eine volle Zulage zugestanden hätte. In der Tabelle sei allerdings nicht berücksichtigt worden, ob die innegehabten Dienstposten der als anspruchsberechtigt eingestellten Beamten evtl. gebündelt nach A 9/ A 10 bewertet worden sein. Zudem sei gerichtsbekannt, dass die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht vorlägen, da die Anzahl der Stellenunterdeckungen durch Beförderungen nicht beseitigt worden sei. Bezüglich weiterer Darlegungen verwies sie darauf, sie sei derzeit nicht in der Lage, eine vollständige Übersicht aller anspruchsberechtigten Beamten aufzustellen, da der hierfür erforderliche Personalbedarf von 5,5 Vollzeitstellen weder in der Vergangenheit zur Verfügung gestanden habe noch aktuell. Da unterschiedliche Auffassungen zu den Anspruchsvoraussetzungen vorlägen, müsse zunächst für alle Anspruchsinhaber geklärt sein, ob die Anspruchsvoraussetzungen vorlägen. Insbesondere sei hinsichtlich des durch die höchstrichterliche Rechtsprechung ausgeformten Merkmals der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen zu klären, ob diese Rechtsprechung auch vorliegend uneingeschränkt gelten würde. Auch liege ihr eine umfassende datenmäßige Erfassung der Bewertung der jeweils von den einzelnen Polizeivollzugsbeamten wahrgenommenen Dienstposten nicht vor. Diese sei jedoch jeweils zu ermitteln, weil ein Wechsel auf einen Dienstposten mit einer anderen Bewertung häufig einen Zulagenanspruch wieder entfallen ließe. Die Beklagte werde angesichts der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die entsprechenden aufwendigen Ermittlungen absehbar vornehmen müssen. Mit Blick auf den sich dann ergebenden Aufwand sei es aus ihrer Sicht aber erforderlich, zuvor die rechtlichen Grundlagen dem Grunde nach rechtskräftig festzustellen.

Das Gericht hat die Beklagte zunächst im März 2015 aufgefordert, binnen zwei Monaten für den jeweiligen Anspruchszeitraum und den etatisierten Behördenbereich die Anzahl der Anspruchsberechtigten und die Anzahl der besetzbaren Planstellen der entsprechenden Wertigkeit monatsweise zu benennen. Mit weiterem Schriftsatz vom 06.04.2017 teilte das Gericht ihr mit, dass es die bis dahin beispielhaft vorgelegten Berechnungsbögen zur Besoldungsgruppe A 9 für das Jahr 2008 in Teilen für nicht schlüssig halte. Die Beklagte wurde erneut aufgefordert, die Anspruchsberechtigten und Planstellen monatlich darzulegen und auf die Gefahr hingewiesen, im Falle einer

mangelhaften Darlegung zur Zahlung voller Verwendungszulagen verurteilt zu werden. Mit Schriftsatz vom 19.07.2017 erfolgte an die Beklagte erneut ein gerichtlicher Hinweis, dass eine volle Verurteilung in Betracht komme, wenn die Beklagte – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – weiterhin keinen ausreichenden Vortrag hinsichtlich möglicher Einschränkungen bezüglich der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen und einer sich daraus evtl. ableitenden Notwendigkeit der Quotelung in Bezug auf den Anspruch des Klägers erbringen werde. Schließlich hat das Gericht die Beklagte mit Schriftsatz vom 07.12.2017 aufgefordert, in den Fällen, in denen es auf die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen ankommt, die Dienstpostenbewertungen der potentiell Anspruchsberechtigten vorzulegen sowie die Anzahl der dem etatisierten Verwaltungsbereich zugewiesenen Planstellen nach A 10, A 11 und A 12 für die Jahre 2008 bis 2017 bis zum 31.12.2017 darzulegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Rechtsstrands wird auf die Gerichtsakte sowie die beigezogenen Akten und die Generalakte „Verwendungszulage“ verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet.

1. Dem Kläger steht die beantragte Verwendungszulage vom2008 bis zum2017 zu. Die angegriffenen Bescheide der Beklagten sind insoweit rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 VwGO).

Grundlage des Anspruchs auf Verwendungszulage war bis zum2016 § 1 Abs. 2 BremBesG vom v.1999 (Brem.GBl. 1999, 55, 152, 179) iVm. § 46 BBesG in der bis zum 31.08.2006 geltenden Fassung (im Folgenden: BBesG a.F.). Ab dem2017 folgt der Anspruch aus § 79 BremBesG vom2016 (Brem.GBl. 2016, 924) iVm. § 46 BBesG a. F..

Die Voraussetzungen für die Zahlung der Verwendungszulage liegen vor. Dem Kläger waren seit dem2006 mehr als 18 Monate ununterbrochen vorübergehend vertretungsweise Aufgaben eines höherwertigen Amtes übertragen worden (dazu a.). Er erfüllte die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung dieser Ämter seit dem2002 (dazu b.). Das Vorliegen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen ist anzunehmen (dazu c.).

a. Ein höherwertiges Amt ist jedes Amt, welches in der Bewertung über dem Statusamt des Beamten liegt. Dem Kläger ist damit erstmalig am ein2004 mit der Verwendung als „Sachbearbeiter Rechtsextremismus/-terrorismus, NS-Gewaltdelikte, Landesverrat“ im K 62 ein höherwertiges Amt übertragen worden, da diese Funktionsstelle nach A 11 bewertet wurde und er sich lediglich im Statusamt A 10 befindet. Seitdem wurde er durchgehend auf nach A 11 bewerten Dienstposten und damit höherwertig eingesetzt.

Der Kläger hat mit Ablauf des2006 über 18 Monate ununterbrochen höherwertige Aufgaben wahrgenommen. Die danach vorgenommenen Dienstpostenwechsel stellen keine Unterbrechung der Aufgabenwahrnehmung im Sinne des § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG a. F. dar. Ein Beamter nimmt die Aufgaben eines höherwertigen Amtes im Sinne dieser Vorschrift dann ununterbrochen wahr, wenn er im maßgeblichen Zeitraum ohne Unterbrechung auf irgendeinem, einem höheren Statusamt zuzuordnendem Dienstposten eingesetzt worden ist. Solange diese höherwertige Verwendung andauert, schaden weder eine Umsetzung noch Abordnung und Versetzung bei demselben Dienstherrn der Annahme der ununterbrochenen Aufgabenwahrnehmung (BVerwG, Urt. v. 10.12.2015 – 2 C 28/13, juris Rn. 13).

Die Wahrnehmung dieser Aufgaben erfolgte durch den Kläger jeweils auch vorübergehend vertretungsweise iSv. § 46 BBesG a.F.. In den von diesem erfassten Fällen einer Vakanzvertretung werden die Aufgaben eines höherwertigen Amtes auch dann vorübergehend vertretungsweise wahrgenommen, wenn sie dem Beamten für einen Zeitraum übertragen worden, dessen Ende weder feststeht noch absehbar ist. Ob die Übertragung zeitlich unbeschränkt oder sogar ausdrücklich als „dauerhaft“ oder „endgültig“ bezeichnet worden ist, ist unerheblich. Die einen Zulagenanspruch begründende Vakanzvertretung erfasst damit alle Fälle, in denen es bezogen auf die dem potentiell Anspruchsberechtigten übertragene Funktionsstelle an einem Stelleninhaber mit dem der Funktionsstelle entsprechenden Statusamt fehlt. Dagegen wird in Fällen der Verhinderungsververtretung, d.h. wenn der fragliche Funktionsstelle schon einem Planstelleninhaber zugewiesen wurde, dieser jedoch diese Stelle nicht tatsächlich wahrnimmt, keine Zulage gewährt. Die entsprechenden Haushaltsmittel werden dann nämlich bereits für die Besoldung des an der Dienstaussübung gehinderten Stelleninhabers benötigt. Die Vakanzvertretung endet erst mit der funktionsgerechten Besetzung der Stelle. Dies ist der Fall, wenn ein Beamter mit dem entsprechenden Statusamt in eine freie Planstelle eingewiesen und ihm das fragliche Funktionsamt übertragen wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 – 2 C 16/13, juris Rn. 10 ff.).

Die mit dem Kläger besetzten Funktionsstellen waren während seiner Dienstzeit auf diesen nicht jeweils mit dem Statusamt nach entsprechenden Beamten besetzt. Es lag damit für diese Zeiträume im Sinne von § 46 BBesG a. F. eine Vakanzvertretung als vorübergehend vertretungsweiser Wahrnehmung der Dienstposten vor.

b. Die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen lagen beim Kläger bereits vor Ablauf der Wartefrist von 18 Monaten vor. Sie sind gegeben, wenn einer Beförderung des potentiell Anspruchsberechtigten in ein der Bewertung des wahrgenommenen Funktionsamtes entsprechendes Statusamt keine laufbahnrechtlichen Hindernisse mehr entgegenstehen, er also „beförderungsfähig“ ist. Solange eine Beförderung in das funktionsgerechte Statusamt nicht möglich ist, darf eine Zulage nach § 46 Abs. 1 BBesG a. F. nicht gewährt werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm und wird auch von deren Sinn und Zweck bestätigt. Maßgeblich für die Bestimmung der Beförderungsfähigkeit sind allein die Bestimmungen des Laufbahnrechts (vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2011 – 2 C 30/09, juris Rn. 22ff.).

Die Beförderungsfähigkeit in ein seinen Funktionsämtern entsprechendes Statusamt der Besoldungsgruppe A ... lag beim Kläger ab dem2002 vor. Zu diesem Zeitpunkt hatte er sowohl die Wartezeit von 12 Monaten gem. § 20 Abs. 2 Nr. 4 BremBG bzw. § 9 Abs. 1 BremLVO nach seiner letzten Beförderung zum2001 absolviert, als auch die nach 20 Abs. 2 Nr. 3 BremBG bzw. § 8 Satz 2 BremLVO notwendige Erprobungszeit von sechs Monaten auf dem höherbewerteten Dienstposten. Sonstige einer Beförderung entgegenstehende Gründe sind nicht ersichtlich.

c. Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Zulagengewährung haushaltsrechtliche Gründe entgegenstehen. Die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung des höherwertigen Amtes sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich die Kammer anschließt, erfüllt, wenn der Beförderung des betreffenden Beamten kein haushaltsrechtliches Hindernis entgegensteht. Für seine Beförderung muss eine freie Planstelle der entsprechenden Wertigkeit zur Verfügung stehen. Maßgeblich sind die einschlägigen Vorgaben des jeweiligen Haushaltstitels des Haushaltsplans (BVerwG, Beschl. v. 29.12. 2014 – 2 B 110/13 –, Rn. 10, juris).

§ 46 Abs. 2 BBesG a.F., wonach die Zulage in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe (des Beamten) und dem Grundgehalt (der Besoldungsgruppe) gewährt wird, der das höherwertige Amt zugeordnet ist, spricht nicht gegen einen Anspruch auf Zahlung der Zulage auch in Fällen, in denen es – wie hier – an

einer festen Zuordnung einer Planstelle zu einem bestimmten Dienstposten fehlt (sog. „Topfwirtschaft“). Zwar führt die hier vielfach gegebene strukturell höhere Zahl von Dienstposten und damit von Anspruchsberechtigten als von Planstellen dazu, dass aus dem „Topf“ ggf. nur ein Teil der Anspruchsberechtigten die volle Zulage oder alle Anspruchsberechtigten nur einen Teil der Zulage erhalten können. Denn aus dem Begriff der „haushaltsrechtlichen Voraussetzungen“ in § 46 Abs. 1 BBesG a. F. folgt, dass nur die auf die besetzbaren Planstellen entfallenden Mittel für die Zulage zur Verfügung stehen. Diese Mittel sind bei Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 46 BBesG a. F. nach dem Zweck dieser Norm für die Zulage zu nutzen. Hiervon ausgehend kann § 46 Abs. 2 BBesG a. F. nur als Obergrenze verstanden werden. Der volle Zulagenbetrag für alle Anspruchsinhaber kann nur im gesetzlich angenommenen Normalfall der identischen Zahl von Anspruchsberechtigten einerseits und besetzbaren Planstellen andererseits gezahlt werden. Auch unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit ist eine Einschränkung auf der Rechtsfolgenseite gegenüber dem völligen Leerlaufen der Regelung des § 46 BBesG a. F. in Fällen der „Topfwirtschaft“ vorzuziehen und ist eine teleologisch begründete Einbeziehung dieser Fälle in den Anwendungsbereich der Norm auch unter Berücksichtigung der besonderen Wortlautbindung im Besoldungs- und Versorgungsrecht möglich und geboten (BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 – 2 C 16/13 –, BVerwGE 150, 216-225; Rn. 20, juris).

Übersteigt die Anzahl der Anspruchsberechtigten die Anzahl der besetzbaren Planstellen der entsprechenden Wertigkeit kann der sich aus § 46 Abs. 2 BBesG a. F. ergebende Differenzbetrag zwischen dem Grundgehalt der Besoldungsstufe des Beamten und dem Grundgehalt der Besoldungsstufe, die der Wertigkeit des wahrgenommenen Funktionsamtes entspricht, nur anteilig gezahlt werden. Die Anreiz- und Honorierungsfunktion der Zulage nach § 46 BBesG a. F. kann nur mit einer anteiligen Zulage für alle Anspruchsberechtigten, nicht hingegen mit einer vollen Zulage für einen Teil der Anspruchsberechtigten erreicht werden. 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 (Erlangen der Beförderungseife, Erreichen der 18-monatigen Wartezeit) oder aus ihr herausgefallen sind (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 (Ruhestand, Tod, Versetzung) oder bislang besetzbare Planstellen nunmehr besetzt worden sind (Beförderung, 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. Das bedeutet in den Mangelfällen (mehr Anspruchsberechtigte als Planstellen), dass die Zulage nicht monatlich im Voraus gezahlt werden kann, weil die Höhe der Zulage nicht schon im Vormonat, sondern erst mit dem Beginn des Monats ermittelbar ist (BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 – 2 C 16/13, a. a. O. Rn. 22).

Die Frage, ob und in welcher Anzahl für den beantragten Zulagenzeitraum freie Planstellen für die Zahlung einer Zulage zur Verfügung standen und wie viele Anspruchsberechtigte diesen gegenüberstanden, konnte nicht aufgeklärt werden. Da sowohl die Darlegungs- als auch die Beweislast dahingehend bei der Beklagten liegen, geht das Gericht im vorliegenden Fall zum Nachteil des Beklagten davon aus, dass im Bereich der personalführenden Stelle im streitbefangenen Zeitraum eine ausreichende Anzahl von besetzbaren Planstellen der Besoldungsgruppe A 11 vorhanden gewesen ist.

aa. Hinsichtlich des Fehlens der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen war grundsätzlich die Beklagte aufgefordert, den Prozessstoff umfassend und konkret vorzutragen, da diese Fragen in ihre Sphäre fallen (vgl. W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 86 Rn. 11). Ihre Darlegungslast dahingehend folgt aus § 86 Abs. 1, 2. Halbsatz VwGO, der den Beteiligten des Verfahrens prozessuale Mitwirkungspflichten auferlegt. Es war der Beklagten bezüglich der Frage des Vorliegens bzw. Nichtvorliegens der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen abzufordern und zumutbar, dazu substantiiert vorzutragen. Es handelt sich um Vorgänge, die ihr bekannt sein müssen, da jede Form der Stellenbewirtschaftung eine ordnungsgemäße und nachvollziehbare Dokumentation verlangt (vgl. VG Magdeburg, Urt. v. 16.02.2017 – 8 A 423/16, juris Rn. 15). Sie hat auch selbst eingeräumt, mit der Darlegung der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs belastet zu sein. Dennoch hat sie es trotz mehrerer gerichtlicher Aufklärungsverfügungen seit dem Jahr 2015 nicht vermocht, dem Gericht die Anzahl aller anspruchsberechtigten Polizeibeamten mitzuteilen.

Der von der Beklagten geltend gemachte Aufwand für die Ermittlung der Anspruchsberechtigten Beamten für den Zeitraum 2008 bis 2017 und evtl. bestehende Unsicherheiten ihrerseits, wie die Anspruchsberechtigten zu bestimmen sind, führen nicht dazu, dass die vom Gericht geforderte Darlegung unzumutbar würde. Zunächst ist festzuhalten, dass es ihr uneingeschränkt obliegt, die für eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Besoldung notwendigen Voraussetzungen zu schaffen. Sie hat die hierfür nötigen Daten bereitzuhalten und wenn erforderlich zu ermitteln, und

zwar unabhängig davon, ob die zu besoldenden Beamten gegen ihre festgesetzte Besoldung klagen oder nicht. Was die Ermittlung der Anspruchsberechtigten betrifft, so muss die Beklagte grundsätzlich selbst in der Lage sein, die dazu ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, auszuwerten und anzuwenden. Die rechtlichen Voraussetzungen der Ermittlung werden nach Ansicht des Gerichts dort hinreichend deutlich. Sie sind nicht so komplex, als dass sich hier besondere rechtliche Probleme stellen würden, die über dem Maß der bei Besoldungsfragen ohnehin auftretenden Schwierigkeiten liegen. Lediglich die praktische Handhabung ist aufwendig.

Die Beklagte hat auch keine konkreten Nachfragen zu Konstellationen gestellt, in denen ihr eine Einbeziehung bestimmter Beamter in den Kreis der Anspruchsberechtigten zweifelhaft erschien. Zudem war sie bereits in ihren ursprünglichen Bescheidungen in der Lage, die Voraussetzungen eine Verwendungszulage für den Einzelfall zu prüfen. Die damals von ihr zur Grundlage der Ablehnung gemachten Punkte (fehlende vorübergehend vertretungsweise Wahrnehmung des höherwertigeren Amtes / generelles Fehlen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen in der „Topfwirtschaft“) sind mittlerweile höchstrichterlich geklärt und stehen auch in Bezug auf den Kläger nicht im Streit. Einer abschließenden Bewertung ihrer Berechnungsmethode durch das Gericht bedurfte es zur Ermittlung der aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hinreichend klar zu Tage tretenden Grundlagen der Berechnung – also der monatlichen Zahl der Anspruchsberechtigten und der monatlichen Anzahl der freien Planstellen im Anspruchszeitraum – nicht. Diese hätte die Beklagte darlegen müssen und können.

Die Beklagte war bis zur mündlichen Verhandlung und auch in dieser nicht in der Lage, die Zahl der Anspruchsberechtigten konkret zu nennen und diese über die fraglichen Zeiträume hinweg in Bezug zu den freien Planstellen zu setzen. Aus der zuletzt vorgelegten exemplarischen Tabelle aller anspruchsberechtigten Beamten der Besoldungsgruppe A 9 für das Jahr 2008 war nicht zu entnehmen, dass im Fall des Klägers die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für eine volle Zulage nicht vorliegen. Der Kläger gehört schon nicht zum Kreis der A 9-Beamten, sondern hat ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 10 inne. Zudem wiesen die vorgelegten Aufstellungen Unklarheiten auf. Die zuletzt vorgelegte Tabelle war schließlich selbst nach Ansicht der Beklagten unzutreffend, da sie etwaige Dienstpostenbündelungen bei der Ermittlung der Anzahl der Anspruchsberechtigten außer Acht gelassen hat (vgl. zu den Auswirkungen von gebündelt bewerteten Dienstposten auf eine Verwendungszulage: BVerwG, Beschl. v. 23.06.2005 – 2 B 106/04, juris Rn. 7).

Ebenso wenig konnte der Vortrag der Beklagten genügen, es sei gerichtsbekannt, dass bei der Polizei Bremen erheblich mehr Beamten höherwertig eingesetzt würden, als dementsprechende Planstellen vorhanden seien. Dies mag so sein, jedoch musste die Beklagte dennoch konkret dazu vortragen, wie sich dies zahlenmäßig und über die geltend gemachten Anspruchszeiträume hinweg darstellte, da ansonsten die notwendige konkrete Berechnung des klägerischen Anspruchs nicht möglich ist. Behauptungen, die einen (vollen) Anspruch lediglich zweifelhaft erscheinen lassen, genügen den Anforderungen an einen substantiierten Vortrag zur Erfüllung ihrer Darlegungslast nicht.

Es war der Beklagten keine weitere Zeit zuzubilligen, um die Prüfung der Anspruchsberechtigten umfassend vorzunehmen und so die haushaltrechtlichen Voraussetzungen im konkret zu entscheidenden Fall (erstmalig) zu prüfen. Ihr stand dazu einerseits ein hinreichend langer Zeitraum zur Verfügung. Seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. September 2014 (BVerwG, Ur. v. 25.09.2014 – 2 C 16.13, juris) war geklärt, dass auch im Falle einer Stellenbewirtschaftung im Rahmen einer „Topfwirtschaft“ grundsätzlich eine Verwendungszulage zu zahlen ist. Der Beklagten musste ab diesem Zeitpunkt klar sein, dass dieser Anspruch hier und auch in vielen weiteren zum größten Teil noch gar nicht zur Klage gelangten Fällen neu zu prüfen war, und zwar von Amts wegen. Dennoch vergingen bisher über drei Jahre, ohne dass die Beklagte dies nachhaltig in Angriff nahm. Dabei ist erneut hervorzuheben, dass sie dies seit Ende 2014 nicht nur dem Kläger, sondern allen anspruchsberechtigten Beamten schuldete, insbesondere innerhalb der Polizei Bremen, deren spezielle dahingehende Lage der Beklagten bekannt war. Bezogen auf das hiesige Verfahren hat das Gericht sie mehrfach aufgefordert, ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht für die Ermittlung des Vorliegens der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen bzw. der Höhe des eingeklagten Anspruchs auf eine Verwendungszulage nachzukommen. Es hat die Beklagte erstmals im März 2015 zu einer Darlegung der Anzahl der Anspruchsberechtigten und der besetzbaren Planstellen aufgefordert. Diese und auch die späteren Aufforderungen führten indes nicht dazu, dass die Beklagte die nötigen umfassenden Sachverhaltsermittlungen vornahm oder konkret versuchte, die dazu erforderlichen Mittel bereitzustellen.

Andererseits hat die Beklagte auch in ihren letzten Stellungnahmen nicht erkennen lassen, dass sie nunmehr in absehbarer Zeit beabsichtigt, die nötigen Daten zu erheben. Zwar hat sie grundsätzlich eingeräumt dies tun zu müssen, jedoch zugleich wiederholt, dass erforderliche Personal dafür sei in der Vergangenheit und auch aktuell nicht vorhanden. Dies mag einer Erfüllung der ihr zufallenden Darlegungslast für sie praktisch erschweren, führt aber nicht dazu, dass sie von dieser befreit würde oder ihr ein

unbegrenzter Zeitraum zur Ermittlung zuzubilligen wäre. Eine verbindliche Zusage zur Erhebung der entsprechenden Daten hat die Beklagte nicht gemacht und auch keinen absehbaren Zeithorizont hierfür benannt. Die von ihr wiederholt angesprochenen angeblich offenen Fragen, welche vor einer Ermittlung durch das Gericht zu klären sein sollen, hat sie weder konkret benannt, noch wäre das Gericht in der Lage, die Voraussetzungen einer Zulagengewährung für alle denkbaren Fälle rechtskräftig über den hiesigen Einzelfall hinaus festzustellen. An dieser Stelle muss zudem wiederholt werden, dass sich die Beklagte in der Vergangenheit bei der Erstellung ihrer ablehnenden Bescheide noch in der Lage sah, das bestehende Recht anzuwenden. Seitdem ist durch die höchstrichterliche Rechtsprechung sogar in vielen Fragen eine weitere Konkretisierung und Vereinfachung eingetreten. Warum diese evtl. nicht anwendbar sein sollte, hat die Beklagte nicht dargelegt.

Schließlich waren auch keine weiteren Ermittlungen über die bereits erfolgten Nachfragen hinaus anzustellen (im Ergebnis ebenso VG Magdeburg, Urt. v. 16.02.2017 – 8 A 423/16, juris). Auch wenn es in dem vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verwaltungsprozess grundsätzlich Aufgabe des Gerichts ist, den maßgeblichen Sachverhalt zu ermitteln, die erforderliche Sachverhaltsaufklärung zu betreiben und sich seine eigene Überzeugung zu bilden (§§ 86 Abs. 1 Satz 1, 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO), ist diese Pflicht nicht unbegrenzt. Insbesondere kann die Verletzung der Mitwirkungspflicht die Anforderungen an die Ermittlungspflicht des Gerichts herabsetzen (vgl. BVerwG, Urt. v. 30.01.2013 – 9 C 11/11, juris Rn. 28). Dies greift vorliegend auch deshalb, weil die Annahme des nicht oder nur teilweisen Vorliegens der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Beklagte günstig ist. Unterlässt ein Beteiligter substantiierte Angaben zu einem Sachverhalt, der ihm günstig wäre, ist das Gericht regelmäßig nicht zu weiteren Aufklärungsmaßnahmen verpflichtet (Breunig, in: BeckOK VwGO, 41. Ed. Stand 01.04.2017, § 86 Rn. 48). Die Substantiierungspflicht gilt dabei in besonderem Maße für Umstände, die in die eigene Sphäre eines Beteiligten fallen (BVerwG, Urt. v. 11.09.2007 – 10 C 8/07, juris Rn. 15), wie im hiesigen Fall die Darlegung der Einzelheiten des Stellenbewirtschaftung.

bb. Die Unaufklärbarkeit der Frage, ob die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen einer Zulagengewährung in der Vergangenheit vorlagen, wirkt zum Nachteil der Beklagten. Die materielle Beweislast für das Fehlen der „haushaltsrechtlichen Voraussetzungen“ als Ausschluss- bzw. Begrenzungsvoraussetzung einer Zulagengewährung nach § 46 BBesG a. F. liegt bei ihr. Sie muss darlegen, warum der gesetzlich angenommene Normalfall (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2014 – 2 C 16.13, juris Rn. 20) einer identischen Zahl von Anspruchsberechtigten einerseits und besetzbaren Planstellen andererseits und

damit einer vollen Zulagenzahlung im hiesigen Fall nicht gegeben sein soll. Allein das Vorliegen einer „Topfwirtschaft“ rechtfertigt diese Annahme noch nicht (vgl. VG Leipzig, Urt. v. 07.09.2017 – 3 K 1243/11, juris Rn. 31). Es handelt sich daher nach Auffassung des Gerichts um eine Einwendung der Beklagten.

Dies ist auch aus dem Zweck der Regelung und dem dort erkennbaren grundsätzlichen Rechtsgedanken und Gerechtigkeitsvorstellungen abzuleiten (ebenso VG Münster, Urt. v. 07.07.2016 – 4 K 1085/12, juris Rn. 58 ff., 62, vgl. zum Maßstab W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 108, Rn. 13 f.). § 46 BBesG a. F. knüpft an den Grundsatz der funktionsgerechten Besoldung an (Reich in: Reich/Preißler, BBesG, 1. Aufl. 2014, § 46, Rn. 1), der grundsätzlich unabhängig von haushaltsrechtlichen Voraussetzungen ist. Zudem war Ziel des Gesetzesprojektes, in dessen Rahmen auch § 46 BBesG a. F. eingeführt wurde, die Leistungselemente bei der Bezahlung zu verbessern und das Bezahlungssystem insgesamt nach den Gesichtspunkten Attraktivität und Flexibilität neu zu gestalten (BT-Drucks. 13/3994, S. 1). Vor diesem Hintergrund ist es nicht plausibel, dass der Gesetzgeber eine Norm schaffen wollte, bei der die Darlegung der Voraussetzungen des Anspruchs dem Anspruchsberechtigten strukturell unmöglich ist. Ein einzelner Beamter kann grundsätzlich keine Aussagen zu inneren Verwaltungsvorgängen machen, zu denen die Frage des Verhältnisses von freien Planstellen und höherwertig eingesetzten anspruchsberechtigten Beamten und damit des Vorliegens der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen gehört (vgl. auch VG Leipzig, Urt. v. 07.09.2017 – 3 K 1243/11, juris Rn. 31). Vielmehr bliebe ihm nur eine in der Regel unsubstantiierte Behauptung aufzustellen. Die Verwaltung hätte es in der Hand, durch bloße Nichtreaktion in einem Verwaltungsprozess den Anspruch zu vereiteln, da nach wohl herrschender Meinung die bloße Sachaufklärungs- oder Beweisvereitelung nicht zu einer Beweislastumkehr führt (vgl. zum Maßstab W.-R. Schenke, a. a. O., § 108, Rn.13a).

Zudem liegt die Einschränkung der Gewährung der Zulage ausschließlich im öffentlichen Interesse und dient, zusammen mit dem Tatbestandsmerkmal „vorübergehend vertretungsweise“, der Vermeidung von Mehrkosten und der Sicherstellung, dass die Zulage aus vorhandenen Haushaltsmitteln bestritten werden kann (BVerwG, Urt. v. 28.04.2011 – 2 C 30/09, Rn.12). Dies lässt es gerecht erscheinen, auch die materielle Beweislast der öffentlichen Hand aufzuerlegen.

d. Dem Anspruch des Klägers steht der Grundsatz der zeitnahen Geltendmachung nicht entgegen. Dieser vom Bundesverfassungsgericht (vgl. Beschl. v. 24.11.1998 – 2 BvL 26/91 u. a.) entwickelte und vom Bundesverwaltungsgericht (vgl. Urt. v. 28.06.2011 – 2 C

40.10) aufgegriffene Grundsatz bezieht sich auf Ansprüche, die über die gesetzlich vorgesehene Besoldung hinausgehen. Diese sollen vom Beamten stets zeitnah, mithin spätestens bis zum Ende des laufenden Haushaltsjahres geltend zu machen sein, damit der Dienstherr sich darauf einstellen kann. Das Erfordernis einer zeitnahen Geltendmachung soll aus dem gegenseitigen Treuverhältnis folgen, nach dem Beamte Rücksicht auf berechnigte Belange des Dienstherrn nehmen müssen.

Der Kläger verlangt aber gerade keine von der gesetzlich vorgesehenen Besoldung abweichenden Zahlungen sondern lediglich das, was ihm nach der geltenden Gesetzeslage zugestanden hätte (ebenso in Bezug auf Ansprüche aus § 46 BBesG a. F. VG Minden, Urt. 20.08.2015 – 4 K 3719/12, juris Rn. 35; VG Köln, Urt. v. 24.08.2016 – 3 K 2345/12, juris Rn. 75). Solche normativ geregelten Ansprüche werden vom Grundsatz der zeitnahen Geltendmachung nicht erfasst und sind daher nicht von einer Antragstellung abhängig (vgl. BVerwG, Urt. v. 30.10.2014 – 2 C 36/13, juris Rn. 7; OVG NRW, Urt. v. 27.10.2014 – 3 A 1217/14, juris Rn. 199 m. w. N.). Sein Begehren kann durch bloße Rechtsanwendung entschieden werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 04.05.2017 – 2 C 60.16, juris Rn. 17). Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz der zeitnahen Geltendmachung betont, dass bei Ansprüchen aus Besoldungsgesetzen gerade kein zeitnaher Antrag notwendig ist (BVerwG, Urt. v. 13.11.2008 – 2 C 16/07, juris Rn. 21). Das die Berechnung des Anspruchs sich für die Beklagte aufgrund des von ihr gewählten Stellenbewirtschaftungssystems komplex darstellt und sie aufgrund einer fälschlichen rechtlichen Interpretation ihrerseits in der Vergangenheit davon ausging, im System der Topfwirtschaft müssten keine Zulage gewährt werden, löste auf Seiten des Klägers keine Verpflichtung aus, sie durch einen zeitnahen Antrag in der Vergangenheit vor diesen sich aus dem Gesetz ergebenden Forderungen zu schützen.

2. Die beantragten Zinsen ab Rechtshängigkeit waren unter analoger Anwendung von § 291 BGB zuzusprechen (vgl. St. Rspr. BVerwG, Beschl. v. 09.02.2005 – 6 B 80/04, juris Rn. 6).

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 709 Satz 1 ZPO.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann Zulassung der Berufung beantragt werden. Der Antrag ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils zu stellen und muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Der Antrag ist beim

Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195
Bremen, (Tag-/Nachtbrieffkasten Justizzentrum Am Wall im Eingangsbereich)

einzureichen. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen, einzureichen.

Der Antrag muss von einem Rechtsanwalt oder einem sonst nach § 67 Abs. 4 VwGO zur Vertretung berechtigten Bevollmächtigten gestellt werden.

gez. Korrell

Weidemann

gez. Till