
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 KO 95/09

Verwaltungsgericht Gera

- 3. Kammer -

3 K 14/08 Ge

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Herrn _____ E_____,
E_____, _____ J_____

Kläger und Berufungskläger

bevollmächtigt:
Rechtsanwalt Rolf-Peter Dröge,
Bachstr. 34, 99510 Apolda

gegen

die Stadt Jena,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Am Anger 15, 07743 Jena

Beklagte und Berufungsbeklagte

wegen

Recht der Unterhaltssicherung und des Arbeitsplatzschutzes,
hier: Berufung

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Lindner, den Richter am Oberverwaltungsgericht Bathe und die an das Gericht abgeordnete Richterin am Verwaltungsgericht Hampel aufgrund der mündlichen Verhandlung am 10. Dezember 2009

für Recht erkannt:

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Gera vom 19. März 2008 - 3 K 14/08 - wird abgeändert und die Beklagte unter Abänderung ihrer Bescheide vom 15. März 2002 und der Widerspruchsbescheide des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 11. Februar 2003 verpflichtet, dem Kläger weitere 1.990,36 € nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über den Basiszinssatz seit dem 11. März 2003 zu gewähren.

Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 v. H. des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor der Vollstreckungsgläubiger in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger begehrt die vollständige Erstattung von Aufwendungen für ärztliche Vertreter, die er während der Zeit von Wehrübungen 2001 zur Privatbehandlung von Patienten verpflichtete.

Der 1955 geborene Kläger ist beamteter Professor im Thüringer Landesdienst und als Direktor der _____ der Friedrich-Schiller-Universität Jena tätig. Ihm ist die

stationäre und ambulante Privatbehandlung von Patienten als Nebentätigkeit allgemein genehmigt und ein Liquidationsrecht eingeräumt.

Der Kläger wurde als Oberfeldarzt der Reserve zu Wehrübungen am 24. und 25. März 2001 (im Folgenden: 1. Wehrübung) sowie im Zeitraum vom 9. bis zum 18. Mai 2001 (im Folgenden: 2. Wehrübung) einberufen. Anlässlich der 1. Wehrübung schloss der Kläger mit Prof. Dr. W_____ einen Vertrag über eine Praxis- und Betriebsvertretung, nach der dieser eine Vergütung für die zu übernehmende Privatbehandlung der vom Kläger betreuten Patienten in Höhe von 1.200,00 DM (zwei Tage á 600,00 DM) erhielt. Anlässlich der 2. Wehrübung vereinbarte der Kläger mit Prof. Dr. S_____ eine ebensolche Vertretung gegen eine Vergütung in Höhe von 4.800,00 DM (8 Tage á 600,00 DM) und mit Dr. B_____ gegen eine Vergütung in Höhe von 1.200,00 DM (2 Tage á 600,00 DM). Der Kläger beantragte bei der Beklagten unter dem 10. bzw. 30. April 2001 für die 1. Wehrübung und unter dem 28. Mai 2001 für die 2. Wehrübung die Erstattung der geleisteten Vertretervergütungen.

Aufgrund von Beanstandungen des Bundesrechnungshofes teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass anders als in vergleichbaren Fällen in den Vorjahren die Honorare nicht vollständig erstattet werden könnten, sondern diese mit der dem Kläger während der Wehrübungen weiterhin gezahlten Beamtenbesoldung zu verrechnen seien. Nachdem der Kläger nach weiteren Schriftsätzen eine Besoldungsmitteilung vorgelegt hatte, erstattete die Beklagte mit Bescheiden vom 15. März 2002 dem Kläger für den Zeitraum der 1. Wehrübung einen Betrag in Höhe von 281,82 € und der 2. Wehrübung einen Betrag in Höhe von 1.409,12 €. Diesen Betrag errechnete sie daraus, dass zwar angemessene Vertreterkosten in Höhe von 600,00 DM pro Tag angefallen seien, hiervon sei jedoch die dem Kläger pro Tag weiter gewährte Besoldung in Höhe von 324,40 DM (9.731,97 DM pro Monat/30 Tage) abzuziehen. Daraus errechne sich ein erstattungsfähiger Betrag in Höhe von 275,60 DM pro Tag. Der Betrag sei jeweils mit der Anzahl der Vertretungstage zu multiplizieren, was umgerechnet in Euro die genannten Erstattungsbeträge ergebe.

Der Kläger ließ gegen beide Bescheide am 9. April 2002 Widerspruch einlegen, die das Thüringer Landesverwaltungsamt mit Bescheiden vom 11. Februar 2003 zurückwies.

Hiergegen hat der Kläger am 11. März 2003 Klage beim Verwaltungsgericht Gera erhoben, mit der er sein Begehren einer vollständigen Erstattung der Vertretervergütungen weiterverfolgt hat. Im Wesentlichen hat er vorgetragen, dass die von der Beklagten vorgenommene Anrechnung der während der Wehrübung weiterhin bezogenen Besoldung nicht vorgenommen werden könne. Andernfalls würde er durch seinen Wehrdienst finanzielle Nachteile erleiden, was der Intention des Unterhaltssicherungsgesetzes widerstreite.

Der Kläger hat beantragt,

die Bescheide der Beklagten vom 15. März 2002 in Gestalt der Widerspruchsbescheide des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 11. Februar 2003 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 1.990,36 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 16. März 2002 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat im Wesentlichen geltend gemacht, dass im Rahmen der Erstattungsleistungen nach § 13d Unterhaltssicherungsgesetz (USG) die dem Kläger weiterhin gewährte Beamtenbesoldung zu verrechnen sei.

Das Verwaltungsgericht Gera hat - im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung - durch Urteil vom 19. März 2008 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass dem Kläger ein uneingeschränkter Erstattungsanspruch nicht zustehe. Zwar könne der Kläger nach § 13a Abs. 2 USG grundsätzlich die Aufwendungen für eine Ersatzkraft verlangen. Auch sei im vorliegenden Fall die Vertretervergütung in Höhe von 600,00 DM nach der Auskunft der Landesärztekammer Thüringen vom 11. Dezember 2000 angemessen. Er müsse sich jedoch seine Dienstbezüge, die er als beamteter Direktor der _____ während der Wehrübung bezogen habe, anrechnen lassen. Dies folge aus § 13d USG. Diese Norm bestimme sinngemäß, dass bei einem Zusammentreffen mehrerer Leistungsansprüche nach §§ 13 ff. USG diese nicht einfach addiert werden, sondern nur anteilig bis zum gesetzlichen Betrag von zusammen höchstens 600,00 DM pro Wehrdiensttag berücksichtigt werden können. Danach sei der Anspruch auf Erstattung von

Vertreterkosten nicht isoliert zu sehen, sondern sei zusammen mit allen weiteren Leistungsansprüchen durch die Höchstgrenze von 600,00 DM pro Wehrdiensttag begrenzt. Zu diesen Ansprüchen gehöre auch die Fortzahlung der Dienstbezüge des Klägers auf Grundlage des § 9 Abs. 2 Arbeitsplatzschutzgesetz (ArbPlSchG), denn auch diese Leistung sei eine Art der Unterhaltssicherung. Darüber hinaus entspreche die Anrechnung mehrerer Leistungen bis zu einer gemeinsamen Höchstgrenze der Systematik des Unterhaltssicherungsgesetzes. Der Gesetzgeber habe in dem Gesetz hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass zu dem von ihm verfolgten Zweck der Erstattung der Kosten des Lebensbedarfs des Wehrpflichtigen die dafür zu erbringenden staatlichen Mittel gedeckelt seien. Dass der Wehrpflichtige über die Höchstgrenzen hinausgehende Kosten selbst tragen müsse, nehme das Gesetz in Kauf. Dies folge auch aus dem Umstand, dass der Betroffene der allgemeinen Dienstpflicht unterworfen und ihm im Rahmen der Erfüllung dieser Dienstpflicht nicht jeder finanzielle Nachteil zu ersetzen sei.

Gegen dieses ihm am 3. April 2008 zugestellte Urteil hat der Kläger am 5. Mai 2008, einem Montag, die Zulassung der Berufung beim Verwaltungsgericht Gera beantragt und den Antrag mit weiterem Schriftsatz am 3. Juni 2008 gegenüber dem Thüringer Oberverwaltungsgericht begründet. Mit Beschluss vom 12. Februar 2009 hat der Senat die Berufung wegen besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten der Rechtssache zugelassen.

Der Kläger hat die Berufung nach gerichtlicher Verlängerung der Frist bis zum 8. Mai 2009 mit Schriftsatz am 6. Mai 2009 im Wesentlichen damit begründet, dass, soweit das Verwaltungsgericht Gera ein Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zitiere, dieses Urteil einen anderen Fall betreffe. Hingegen streite die vom Verwaltungsgericht angeführte Entscheidung des OVG Münster aus dem Jahr 1973 für seine Auffassung, dass die Vertretervergütung vollumfänglich zu erstatten sei. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 13d USG, der in seinem Fall nicht anwendbar sei. Diese Bestimmung beinhalte eine abschließende Regelung der Anrechenbarkeit von Leistungen, zu denen aber nicht die Fortzahlung der Besoldung gehöre. Insgesamt habe das Verwaltungsgericht verkannt, dass er die Erstattung der Vertreterkosten für seine nebenberuflich betriebene Privatpraxis verlange. Es gehe nicht um seine Haupttätigkeit als beamteter Direktor der _____.

nommene Anrechnung führe überdies zu einer Einkommenseinbuße, was nach dem Gesetz nicht gewollt sei.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Gera vom 19. März 2008 - 3 K 14/08 Ge - aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung der Bescheide vom 15. März 2002 und der Widerspruchsbescheide des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 11. Februar 2003 zu verpflichten, an ihn weitere 1.990,36 € nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinsatz seit dem 11. März 2003 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Sie trägt vertiefend vor, dass die Besoldung, die der Kläger nach § 9 ArbPISchG während der Wehrübung weiter von seinem Dienstherrn erhalte, durchaus die Funktion einer Verdienstauffüllentschädigung im Sinne des Unterhaltssicherungsgesetzes habe. Dementsprechend finde auch die Anrechnungsregelung des § 13d USG Anwendung. Im Übrigen bestreite sie, dass der Kläger verpflichtet gewesen sei, für die Zeit seiner Abwesenheit einen Vertreter für seine Nebentätigkeit zu bestimmen.

Zwischen den Beteiligten sind wegen Ansprüchen des Klägers auf Erstattung von Aufwendungen für Vertretervergütungen aus Anlass von Wehrübungen in den Folgejahren weitere Rechtsstreitigkeiten beim Verwaltungsgericht Gera anhängig (Az. 3 K 186/06 Ge und 3 K 187/06 Ge), die im Hinblick auf die Entscheidung im vorliegenden Verfahren ruhen. Ein weiteres Verfahren (Az. 3 K 716/05 Ge) gegen ein klageabweisendes Urteil des Verwaltungsgerichts Gera ist nach Verwerfung des Zulassungsantrages (Az. 2 ZKO 488/07) rechtskräftig abgeschlossen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte (2 Bände) und die beigezogenen Gerichtsakten des Verwaltungsgerichts Gera (3 K 716/05 Ge, 3 K 186/06 Ge und 3 K 187/06 Ge) sowie die beigezogenen Behördenakten der Beklagten und der Widerspruchsbehörde (4 Heftungen) Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Berufung hat Erfolg.

Die zugelassene und im Übrigen zulässige Berufung ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat zu Unrecht die zulässige Verpflichtungsklage als unbegründet abgewiesen. Der Kläger kann die Erstattung der vollständigen Vertreterkosten in Höhe von 1.990,36 € für die Zeit der zwei 2001 abgeleisteten Wehrübungen beanspruchen.

Anspruchsgrundlage ist § 13a Abs. 2 USG in der zum Zeitpunkt des Entstehens des Anspruchs, das ist der Zeitpunkt der Wehrübungen, maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 14. Dezember 1987 (BGBl. I S. 2614), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 19. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1815; vgl. hierzu Beschluss des Senats vom 27. Juli 2004 - 2 KO 239/03 - NVwZ-RR 2005, 193; BVerwG, Urteil vom 22. August 1979 - 8 C 20/78 -, BVerwGE 58, 247).

Der Anwendungsbereich des Unterhaltssicherungsgesetzes ist eröffnet. Dem steht nicht § 1 Abs. 2 Satz 2 USG entgegen, wonach Ansprüche auf Unterhaltssicherung nach diesem Gesetz mit Ausnahme des § 13c Abs. 2 USG nicht bestehen, soweit u. a. der Wehrpflichtige als Beamter Dienstbezüge erhält. Der Kläger erhielt zwar während der Zeit der streitgegenständlichen Wehrübungen 2001 nach § 9 Abs. 2 Arbeitsplatzschutzgesetz weiterhin seine Besoldung als Beamter. Für die Dauer der Wehrübung ist er mit Bezügen beurlaubt. Diese Bestimmung ist jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass mit der Gewährung von Dienstbezügen der gesamte Anwendungsbereich des Unterhaltssicherungsgesetzes für den betroffenen Beamten ausgeschlossen ist. Der Ausschluss betrifft nicht Ansprüche des Beamten aus Einkünften für Tätigkeiten außerhalb seines besoldeten Hauptamtes, also aus Nebentätigkeiten.

Dieses Verständnis des insoweit offenen Wortlautes der Vorschrift ergibt sich zwingend aus der Gesetzgebungsgeschichte und des darin zum Ausdruck kommenden Zwecks der Regelung. § 1 Abs. 2 USG erhielt durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltssicherungsgesetzes vom 21. April 1961 (BGBl. I S. 457) zunächst folgende Fassung:

"Ein Anspruch auf Unterhaltssicherung nach diesem Gesetz besteht nicht, wenn der Wehrpflichtige als ... Beamter ... Dienstbezüge ... erhält."

Durch Art. 7 Nr. 1 des 3. Gesetzes zur Änderung des Wehrpflichtgesetzes vom 28. März 1965 (BGBl. I S. 162) änderte der Gesetzgeber sodann § 1 Abs. 2 in den noch heute im Wesentlichen geltenden Wortlaut: Die bisherige Ausschlussregelung wurde in einen eigenständigen Satz 2 aufgenommen und an Stelle des "wenn" trat ein "soweit". Nach der Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass Beamte und Arbeitnehmer im Öffentlichen Dienst im Gegensatz zur bisherigen Regelung für private Nebeneinkünfte, die infolge des Wehrdienstes entfallen, Unterhaltssicherungsleistungen erhalten können (BT-Drs. IV/2346 S. 20.) Dies entspricht auch dem Verständnis der Norm in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen (Urteil vom 22. Mai 1973 - I A 1220/72 -, abgedruckt in: Eichler/Oestreicher, USG, 113. Erg.Lfg., Teil 7, 701 S. 16) und den Hinweisen des Bundesverteidigungsministeriums (Nr. 1.3 Abs. 2 zu § 1 der Hinweise - Fassung 2006, zuletzt geändert durch Mitteilung 3/2006; abgedruckt in: Eichler/Oestreicher, USG, 113. Erg.Lfg., Teil 2 A § 1 S. 11).

Der Kläger beansprucht im Sinne dieser Auslegung des § 1 Abs. 2 Satz 2 USG Leistungen aus dem Unterhaltssicherungsgesetz nicht bezogen auf seine Haupttätigkeit als Beamter, sondern aufgrund der von ihm - privat - wahrgenommenen Nebentätigkeit der stationären und ambulanten Privatbehandlung von Patienten, die ihm allgemein genehmigt ist (vgl. hierzu insgesamt § 12 Thüringer Hochschulneben-tätigkeitsverordnung vom 7. März 1997 [GVBl. S. 101], zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 2. Mai 2005 [GVBl. S. 169]). Für die Zeit der Wehrübungen, wie sie der Kläger 2001 absolviert hat, kommen insoweit nach § 2 Nr. 3 USG Leistungen nach §§ 13 bis 13d USG in Betracht.

Nach § 13a Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 USG in der zum maßgeblichen Zeitpunkt geltenden Fassung werden dem Wehrpflichtigen, der Inhaber eines Gewerbebetriebes oder eines Betriebes der Land- und Forstwirtschaft ist oder andere selbständige Tätigkeiten ausübt, zur Fortführung des Betriebes oder der selbständigen Tätigkeit während des Wehrdienstes die angemessenen Aufwendungen für eine Ersatzkraft, die an seiner Stelle tätig wird, oder die angemessenen Mehraufwendungen, die dadurch entstehen, dass der Wehrpflichtige seine Aufgaben im Betrieb für die Dauer

seiner wehrdienstbedingten Abwesenheit teilweise oder ganz auf Betriebsangehörige überträgt, bis zu 600,00 DM je Wehrdiensttag erstattet.

Die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage sind erfüllt. Der Kläger hat zum Zeitpunkt seiner 2001 absolvierten Wehrübungen eine selbständige Tätigkeit ausgeübt. Er hat als Direktor der _____ von der ihm eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, Patienten ambulant bzw. stationär privat zu behandeln. Diese Tätigkeit wurde durch die von ihm bestellten Vertreter während der Zeit der Wehrübungen 2001 fortgeführt. Soweit die Beklagte die Notwendigkeit dieser Fortführung bezweifelt, ist dem weder im Tatsächlichen noch im Rechtlichen zu folgen. Der Kläger war aufgrund der von ihm eingegangenen Vereinbarungen mit Patienten zu dieser Dienstleistung verpflichtet. Im Übrigen oblag es allein der Entscheidung des Klägers, ob er im Sinne des § 13a Abs. 2 USG seine selbständige Tätigkeit fortführte oder sie nach § 13a Abs. 3 USG während der Zeit der Wehrübung zum Ruhen brachte. Der Kläger war auch nach § 12 Abs. 3 Satz 3 Thüringer Hochschulneben-tätigkeitsverordnung berechtigt, sich durch andere Ärzte der Klinik vertreten zu lassen. Im Übrigen ist zwischen den Beteiligten unstrittig, dass die Vertretung durch die benannten Ärzte stattgefunden hat; anderweitige Tatsachenerkenntnisse liegen hierzu nicht vor.

Liegen die Anspruchsvoraussetzungen vor, ist der Kläger berechtigt, seine angemessenen Aufwendungen für die verpflichteten Ersatzkräfte zu verlangen. Die Thüringer Landesärztekammer hat bereits mit Schreiben vom 8. Dezember 2000 gegenüber der Beklagten mitgeteilt, dass sie Vertreterkosten für einen Chefarzt in Höhe von 600,00 DM für angemessen hält. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist von einem in dieser Höhe angemessenen Aufwandsersatz der vom Kläger geforderten Erstattung auszugehen. Anders als bei Grundwehrdienstleistungen nach § 7b bzw. § 11 USG sieht § 13a Abs. 2 USG keine Anrechnung vor; deshalb scheidet auch eine Kürzung aus, soweit Einnahmen aus dem Geschäftsergebnis gedeckt werden können.

Der Erstattungsanspruch wird in seiner Höhe auch nicht durch § 13d USG begrenzt. Danach gilt, dass Leistungen nach §§ 13a und 13b USG zusammen nur bis zu dem in § 13a Abs. 2 USG festgelegten Höchstbetrag gewährt werden. Verdienstausfallentschädigung nach § 13 USG wird daneben nur insoweit gewährt, als sie die Hälfte des im Vorsatz nicht in Anspruch genommenen Höchstbetrags nicht übersteigt.

Diese Vorschrift begrenzt ihrem Wortlaut nach nicht den Anspruch des Klägers. Der Kläger verlangt ausschließlich eine Erstattung nach § 13a Abs. 2 USG. Weitere Ansprüche nach §§ 13a und 13b USG macht er nicht geltend. Der Kläger erhielt auch keine Verdienstausfallentschädigung nach § 13 USG, die nach § 13d Satz 2 USG ggf. zu kürzen wäre. Der Kläger hatte einen Anspruch auf Besoldung nach dem - in § 13d USG nicht genannten - § 9 Abs. 2 ArbPISchG.

Anders als das Verwaltungsgericht und die Beklagte unter Bezug auf die für das Gericht nicht verbindlichen Hinweise des Bundesverteidigungsministeriums (Nr. 1.3 Abs. 2 zu § 1 der Hinweise - Fassung 2006, zuletzt geändert durch Mitteilung 3/2006; a. a. O.) meint, ist die Norm auch nicht analog anzuwenden. Eine dies voraussetzende planwidrige Gesetzeslücke besteht nicht. Der Gesetzgeber hat in § 13d USG eine abschließende Regelung getroffen. Er hat mit dieser Bestimmung die Konkurrenz verschiedener Ansprüche nach dem Unterhaltssicherungsgesetz geklärt. Ihm war bekannt, dass die wirtschaftliche Situation der Beamten außerhalb des Unterhaltssicherungsgesetzes durch Normen besoldungsrechtlicher Art geregelt war, sich deren Ansprüche aus selbständiger Nebentätigkeit aber nach dem Unterhaltssicherungsgesetz bestimmen. Diese Kenntnis belegen § 1 Abs. 2 USG und der Wortlaut des § 13c Abs. 2 USG und kommt in der oben aufgezeigten Gesetzgebungsgeschichte zum Ausdruck. Trotz dieser Kenntnis hat der Gesetzgeber in § 13d USG darauf verzichtet, eine Regelung der Konkurrenz des Besoldungsanspruchs mit dem Zusammentreffen anderer unterhaltssicherungsrechtlicher Leistungsansprüche zu normieren. Zwar ist dem Verwaltungsgericht zuzustimmen, dass § 9 Abs. 2 ArbPISchG unterhaltssicherungsrechtliche Bedeutung besitzt. Der Gesetzgeber hat jedoch an keiner Stelle zu erkennen gegeben, dass er diese Leistungen mit der Regelung zum Verdienstausfall nach § 13 USG rechtlich gleich behandelt wissen will. Insoweit ist von einem beredten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen.

Einer Einordnung von Ansprüchen nach § 9 ArbPISchG auf Besoldung in das Schema des § 13d USG steht ferner entgegen, dass dies entgegen der Rechtsfolge dieser Norm zu einer Kürzung der Erstattungsansprüche nach § 13a Abs. 2 USG führen würde. Nach § 13d Satz 2 USG wird in dem dort ausdrücklich genannten Fall aber nicht die Leistung nach § 13a oder b USG gekürzt, sondern vielmehr der Verdienstausfallentschädigungsanspruch beschränkt. Dies entspräche also im Fall der

Besoldungsfortzahlung einer Kürzung der gesetzlichen Besoldung. Zu regeln wäre dies dann nicht im Unterhaltssicherungsgesetz, sondern in § 9 ArbPISchG bzw. in den besoldungsrechtlichen Bestimmungen des Bundes und der Länder. Dies hat der Gesetzgeber bislang aber unterlassen.

Die Nichtanwendung des § 13d USG führt zwar im Ergebnis dazu, dass die Sachlage sich bei Personen, die als Beamte eine selbständige Nebentätigkeit ausüben, und solchen, die in einem zivilrechtlichen Beschäftigungsverhältnis außerhalb des öffentlichen Dienstes und daneben einer selbständigen Tätigkeit nachgehen, unterschiedlich darstellt. Im ersten Fall erhält der Beamte eine ungeschmälerte Besoldung zuzüglich der nur in der Höhe auf 600,00 DM begrenzten Erstattungsansprüche nach §§ 13a und b USG, während im zweiten Fall der Anspruch auf Verdienstaussfall mit den übrigen Erstattungsansprüchen verrechnet wird. Die Ungleichbehandlung ergibt sich jedoch dann nicht, soweit auch im zweiten Fall Lohnfortzahlungsansprüche bestehen, wie z. B. nach der - auch für den vorliegenden Fall maßgeblichen - Rechtslage bis 2005 für die ersten drei Tage der Wehrübung. Zum anderen rechtfertigt sich die unterschiedliche Behandlung durch den unterschiedlichen Status des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses. Es bleibt dem Gesetzgeber unbenommen, die Besoldung der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst anderen Regelungen zu unterwerfen als für Arbeitnehmer außerhalb dieses Bereichs. Dem Fortzahlungsanspruch liegt insofern eine andere gesetzliche Intention zu Grunde als der Verdienstaussfallregelung (vgl. entsprechend BVerwG, Urteil vom 28. November 1974 - VIII C 44.73 - Buchholz 448.3 § 13 Nr. 5; Hessischer VGH, Urteil vom 25. Februar 1969 - I OE 32/69 - FEVS 16, 418).

Kommt daher die Anrechnungsregelung des § 13d USG nicht zur Anwendung, verbleibt es bei dem unbeschränkten Erstattungsanspruch des Klägers nach § 13a Abs. 2 USG.

Der Anspruch auf Prozesszinsen ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung der §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung angefochten werden. Die Beschwerde ist beim

Thüringer Oberverwaltungsgericht

Kaufstraße 2 - 4

99423 Weimar

durch einen Rechtsanwalt oder eine andere nach näherer Maßgabe des § 67 Abs. 2 und Abs. 4 Verwaltungsgerichtsordnung zur Vertretung befugte Person einzulegen. Die Beschwerde muss die Entscheidung bezeichnen, die angefochten werden soll.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Thüringer Oberverwaltungsgericht einzureichen. In der Begründung muss entweder

– die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt werden

oder

– die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet werden, wenn geltend gemacht wird, von ihr werde in der in dem vorliegenden Verfahren ergangenen Entscheidung abgewichen und die Entscheidung beruhe auf dieser Abweichung,

oder

– ein Verfahrensmangel bezeichnet werden, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Lindner

Bathe

Hampel