

Bundessozialgericht

Az.: 10 RV 738/67

Im Namen des Volkes

Urteil

Verkündet am

23. Juli 1969

in dem Rechtsstreit

.....,
Klägerin und Revisionsklägerin,
Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

.....,
Beklagten und Revisionsbeklagten.

Der 10. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Juli 1969 durch

Senatspräsident	Dr. T e s m e r	
	- Vorsitzender -	,
Bundesrichter	Dr. B r o c k e	und
Bundesrichter	Dr. B u r d e n s k i	,
Bundessozialrichter	S a a l m a n n	und
Bundessozialrichterin	V o l l n b e r g	

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
Landessozialgerichts Niedersachsen vom 27. September
1967 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

- 2 -



- 2 -

G r ü n d e :

Die Klägerin bezieht Witwenrente nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) nach ihrem am 2. Juli 1903 geborenen und am 23. Januar 1943 an einer Schädigungsfolge verstorbenen Ehemann Franz B. - nachfolgend mit B. bezeichnet - . Die Versorgungsbehörde gewährte der Klägerin mit Bescheid vom 8. Januar 1965 vom 1. Januar 1964 an einen Schadensausgleich gemäß § 40 a BVG, bei dessen Berechnung als Durchschnittseinkommen gemäß § 5 der Verordnung zur Durchführung des § 30 Abs. 3 und 4 BVG vom 30. Juli 1964 (BGBl I 574 - DVO -) das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 einschließlich Ortszuschlag nach Stufe 2 zugrunde gelegt wurde. Die Klägerin begehrt für die Berechnung ein höheres Durchschnittseinkommen. Ihr Ehemann besuchte die Volksschule, erlernte von 1918 bis 1921 das Malerhandwerk, legte die Gesellenprüfung ab und arbeitete anschließend in verschiedenen Betrieben als Malergeselle. Etwa von 1926 bis 1929 besuchte er die Kunstgewerbeschule in Erfurt, in der er nach Angaben der Klägerin als Kunstmaler ausgebildet wurde. Im Jahre 1933 gründete er ein eigenes Malergeschäft, in dem regelmäßig etwa vier Personen - ein Meister, ein Altgeselle und zwei Gesellen - beschäftigt waren. Er legte im März 1939 die Meisterprüfung ab. Neben dieser Tätigkeit war er auch als Kunstmaler und Graphiker tätig.

Mit ihrem Widerspruch gegen den obigen Bescheid beehrte die Klägerin die Festsetzung eines höheren Durchschnittseinkommens, weil ihr Ehemann nicht nur als Malermeister, sondern auch als Kunstmaler tätig gewesen sei und gerade auf diesem Gebiet nachweislich besondere Erfolge gehabt habe. Der Widerspruch war erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 11. Mai 1965).

- 3 -



- 3 -

Während des Klageverfahrens erteilte die Versorgungsbehörde am 18. Mai 1965 und 24. März 1966 weitere Bescheide, in denen sie die einkommensabhängigen Rententeile der Witwenrente wegen Erhöhung der Invalidenwitwenrente der Klägerin und der Erhöhung des Durchschnittseinkommens der Besoldungsgruppe A 11 des Bundesbesoldungsgesetzes (BBesG) neu berechnete.

Das Sozialgericht (SG) Oldenburg hat eine Auskunft über die Tätigkeit des B. als Kunstmaler von Dr. A. (Auskunft vom 20. Juli 1966) eingeholt und mit Urteil vom 1. September 1966 die Klage abgewiesen. In der Rechtsmittelbelehrung wird ausgeführt, daß die Berufung nach § 148 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) nicht zulässig ist. Gegen dieses der Klägerin am 21. September 1966 zugestellte Urteil hat sie mit Schriftsatz vom 24. November 1966, der am 30. November 1966 beim Landessozialgericht (LSG) eingegangen ist, Berufung eingelegt.

Im Berufungsverfahren hat der Beklagte den Bescheid vom 6. Oktober 1966 erlassen, weil sich das Durchschnittseinkommen für die Berechnung des Schadensausgleichs ab 1. Oktober 1966 erhöht hatte; ferner hat er die Rente der Klägerin nach dem 3. Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Kriegsofferrechts (3. NOG) mit Bescheid vom 11. Mai 1967 neu berechnet.

Das LSG hat mit Urteil vom 27. September 1967 die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG Oldenburg vom 1. September 1966 zurückgewiesen und die Klage gegen die Bescheide vom 6. Oktober 1966 und 11. Mai 1967 abgewiesen.

In den Entscheidungsgründen hat es ausgeführt, daß - entgegen der Rechtsmittelbelehrung des SG - die Berufung gegen das angefochtene Urteil zulässig ist, weil ein Ausschlussgrund nach § 148 SGG nicht vorliege. Somit sei die Rechtsmittel-

- 4 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

belehrung des angefochtenen Urteils unrichtig, so daß die Berufungsfrist gemäß § 66 SGG bei Einlegung der Berufung noch nicht abgelaufen gewesen sei. Die Berufung sei daher zulässig. Die nach Erlaß des angefochtenen Bescheides ergangenen Verwaltungsakte seien gemäß § 96 SGG Gegenstand des Klage- und Berufungsverfahrens geworden.

In sachlicher Beziehung hat das LSG ausgeführt, daß das dem Schadensausgleich bei der Berechnung zugrunde gelegte Durchschnittseinkommen gemäß § 5 der DVO in Höhe des Endgrundgehalts der Besoldungsgruppe A 11 des BBesG zutreffend festgesetzt worden sei. B. habe zwar nicht die Mittelschule besucht, sei jedoch an einer Kunstgewerbeschule in Erfurt ausgebildet worden. Ob er ein Abschlußexamen bestanden habe, stehe nicht fest. Dennoch habe der Beklagte den Besuch der Kunstgewerbeschule als eine dem erfolgreichen Besuch einer Mittelschule gleichwertige Ausbildung angesehen und als Durchschnittseinkommen das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 des BBesG bei der Berechnung des Schadensausgleichs zugrunde gelegt. Eine Einstufung in die Besoldungsgruppe A 14 des BBesG sei über § 5 der DVO nicht möglich, da keine abgeschlossene Hochschulbildung bestanden habe. Das Durchschnittseinkommen könne auch nicht nach § 6 der DVO erhöht werden, weil die Klägerin nach ihren eigenen Angaben keinen Nachweis über das Einkommen ihres Ehemannes erbringen könne, das er vor der Einberufung zum Wehrdienst gehabt habe. Damit sei nicht nachgewiesen, daß B. vor Einberufung zum Wehrdienst einen überdurchschnittlichen Berufserfolg gehabt habe. Selbst wenn man von den von der Klägerin in ihrem Antrag auf Feststellung von Vertreibungsschäden in den Jahren 1937 bis 1939 geschätzten Einkünften ihres Ehemannes mit jeweils jährlich Reichsmark 3000,-- ausgehe, rechtfertige sich bei einer Berechnung des Schadensausgleichs nach

- 5 -



- 5 -

§ 6 DVO nicht die Annahme einer höheren Besoldungsgruppe als nach A 11 des BBesG. Ein monatliches Einkommen von RM 250,-- entspreche etwa der damaligen Besoldungsgruppe A 8 b des Reichsbesoldungsgesetzes, was der jetzigen Besoldungsgruppe A 5 entspreche.

Die Zugrundelegung eines Durchschnittseinkommens nach A 14 BBesG rechtfertige sich auch nicht aus der Tatsache, daß B. neben seinem Beruf als selbständiger Malermeister noch als Kunstmaler tätig gewesen sei und im Erlebensfalle noch tätig wäre. Aus dem Wortlaut des § 40 a Abs. 1 BVG könne zwar geschlossen werden, daß zum "Einkommen" alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert ohne Rücksicht auf ihre Quelle und Rechtsnatur gehörten, also nicht nur die Einnahmen aus einer einzigen beruflichen Tätigkeit, jedoch habe der Gesetzgeber in § 40 a Abs. 2 Satz 2 BVG den Einkommensbegriff näher bestimmt. Danach gelte als Einkommen des Ehemannes das "Durchschnittseinkommen der Berufs- oder Wirtschaftsgruppe", der der Verstorbene angehört habe oder ohne die Schädigungsfolge nach seinen Lebensverhältnissen, beruflichen Kenntnissen und Fähigkeiten wahrscheinlich angehört hätte. Diese Zuordnung zu einer Berufs- oder Wirtschaftsgruppe mache deutlich, daß unter den Begriff des "Einkommens" im Sinne des § 40 a BVG nur Einnahmen aus einer beruflichen Tätigkeit fielen. Darüber hinaus ergebe sich auch aus der notwendigen Zuordnung zu einer bestimmten Berufs- oder Wirtschaftsgruppe, daß bei der Berechnung des Schadensausgleichs nur der Beruf berücksichtigt werden könne, der die Arbeitskraft nach Zeit und Umfang überwiegend in Anspruch nehme, nicht aber eine nebenher zusätzlich ausgeübte Tätigkeit, die in Verhältnis zum eigentlichen Beruf die Arbeitskraft nur unwesentlich beanspruche. Der Gesetzgeber sei zwar bestrebt gewesen, dem Idealfall einer individuellen Entschädigung für die wirtschaftlichen Folgen gesundheitlicher Schäden möglichst nahe zu kommen. Dabei habe er aber den Gedanken eines generalisierten und pauschalierten Schadensaus-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 6 -

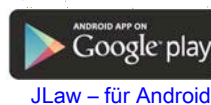
gleichs nicht außer acht gelassen. Das komme insbesondere darin zum Ausdruck, daß nach § 30 Abs. 4 bzw. § 40 a BVG der Ermittlung des Einkommensverlustes nicht das tatsächliche Einkommen zugrunde gelegt werde, sondern ein Durchschnittseinkommen einer Berufs- oder Wirtschaftsgruppe, der der Beschädigte angehört habe oder hätte. Unter Berücksichtigung dieser Sachlage könne also eine anderweitige Festsetzung des Durchschnittseinkommens als nach der Besoldungsgruppe A 11 des BBesG nicht erfolgen. Zwar gebe es im Berufsleben allgemein eine Reihe von Tätigkeiten, die mehr oder minder eng miteinander verbunden seien, wie auch hier die eines Malermeisters und eines Kunstmalers. Daß B. überwiegend dem Beruf eines Kunstmalers nachgegangen sei, habe die Klägerin nicht vorgetragen und auch nicht behauptet. Die von B. neben seinem eigentlichen Beruf als selbständiger Malermeister ausgeübte Tätigkeit als Kunstmaler rechtfertige daher nicht nach § 5 der DVO eine Einstufung in eine andere Berufsgruppe, weil die Tätigkeit im Malerhandwerk wesentlich seinem Berufsbild das Gepräge gegeben und diese Tätigkeit seine überwiegende Arbeitskraft nach Zeit und Umfang in Anspruch genommen habe. Selbst wenn man die Tätigkeit als Kunstmaler im Rahmen des § 6 Abs. 2 der DVO berücksichtigen würde, so wäre eine günstigere Einstufung als nach § 5 DVO nicht möglich. Zwar habe die Klägerin den Nachweis geführt, daß die von B. angefertigten Bilder an Privatpersonen verkauft worden seien. Dieser reiche jedoch nicht aus, um den nach § 6 der DVO erforderlichen Nachweis über die Höhe seines durchschnittlichen Gewinns aus dieser künstlerischen Tätigkeit in den letzten drei Jahren vor der Schädigung zu erbringen. Das LSG hat die Revision zugelassen.

Gegen dieses ihr am 16. Oktober 1967 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit einem am 25. Oktober 1967 eingegangenen

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 7 -

Schriftsatz vom 23. Oktober 1967 Revision eingelegt und diese nach Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist bis zum 16. Januar 1968 mit einem am 10. Januar 1968 eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tage begründet.

Sie beantragt,

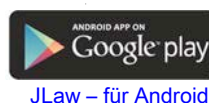
1. das angefochtene Urteil, das Urteil des SG Oldenburg vom 1. September 1966 und den Widerspruchsbescheid vom 11. Mai 1965 aufzuheben sowie die Bescheide des Beklagten vom 8. Januar 1965, 18. Mai 1965, 24. März 1966, 6. Oktober 1966 und 11. Mai 1967 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin vom 1. Januar 1964 an Schadensausgleich nach dem Durchschnittseinkommen des Endgrundgehalts der Besoldungsgruppe A 14 BBesG zu gewähren,
2. hilfsweise, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen,
3. die außergerichtlichen Kosten der Klägerin in allen Rechtszügen dem Beklagten aufzuerlegen.

In ihrer Revisionsbegründung, auf die Bezug genommen wird, rügt die Klägerin eine Verletzung der §§ 103 und 128 SGG sowie des § 40 a BVG durch das LSG. Sie führt hierzu insbesondere aus, streitig sei, nach welchen Grundsätzen bei der Einstufung im Sinne des § 40 a BVG in Verbindung mit § 5 der DVO verfahren werden müsse, wenn der Verstorbene mehrere selbständige Berufe nebeneinander ausgeübt habe. Ihr Ehemann sei einmal als Malermeister und ferner als freier Kunstschaffender tätig gewesen. Es werde zwar nicht in Zweifel gezogen, daß nur eine Einstufung nach Berufs- oder Wirtschaftsgruppen vorgesehen sei und eine über den eigentlichen Beruf

- 8 -



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 8 -

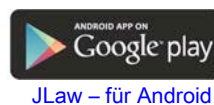
hinaus ausgeübte Nebentätigkeit, die die Arbeitskraft nur unwesentlich in Anspruch genommen und zur Erzielung nur unbedeutender Nebeneinnahmen geführt habe, bei der Einstufung nicht berücksichtigt werden könne. Dies könne jedoch nicht gelten, wenn mehrere Berufe nebeneinander ausgeübt worden seien, die insgesamt dem Berufsbild des Verstorbenen das Gepräge gegeben hätten. Auch das Prinzip der Generalisierung und Pauschalierung des Schadensausgleichs zwinge nicht dazu, ihren Ehemann in eine Berufsgruppe hineinzuzwängen, die den Lebensverhältnissen dann nicht gerecht werde, wenn er mehrere Berufe ausgeübt habe, weil er sich zu beiden Tätigkeiten im wahrsten Sinne des Wortes berufen gefühlt habe. In derartigen Fällen werde der gesetzlichen Regelung weder mit der Einstufung in die Besoldungsgruppe A 9 noch mit der in A 11 ausreichend Rechnung getragen. Es sei daher die Frage aufzuwerfen, ob die Regelung in § 5 DVO, die nur die Einstufung bis Besoldungsgruppe A 11 und dann wieder bei akademischer Vorbildung in die Besoldungsgruppe A 14 vorsehe, lückenhaft sei und deshalb der richterlichen Ausfüllung bedürfe. Es werde jedenfalls bezweifelt, daß es Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, bei Ausübung mehrerer Berufe nur die Einstufung in eine Wirtschaftsgruppe zuzulassen, die nicht allen Tätigkeitsmerkmalen des B. gerecht werde.

Soweit das LSG festgestellt habe, daß das Malerhandwerk ihrem Ehemann das Gepräge gegeben und diese Tätigkeit seine Zeit und Arbeitskraft überwiegend in Anspruch genommen habe, so daß die Tätigkeit als Kunstmaler nur als unwesentliche Nebenbeschäftigung anzusehen sei, habe das LSG diese Feststellung unter Verletzung der §§ 103 und 128 SGG getroffen. Die Tätigkeit ihres Ehemannes als Kunstmaler habe nämlich keineswegs nur eine besondere Art der Freizeitbeschäftigung dargestellt. Dem LSG hätten mehrere Auskünfte, insbesondere

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 9 -

die von Dr. A. zur Verfügung gestanden, aus denen es hätte entnehmen müssen, daß die künstlerischen Werke von B. sehr geschätzt gewesen seien. In den verschiedenen Auskünften seien auch noch weitere Zeugen benannt worden, die das LSG bei dem bestehenden Beweisnotstand der Klägerin in jedem Fall hätte ausschöpfen müssen, um feststellen zu können, welche künstlerische Produktivität bei B. vorhanden gewesen sei. Eine weitere Beweisaufnahme hätte ergeben, daß das Berufsbild ihres Ehemannes gleichwertig durch seine Tätigkeit als selbständiger Malermeister und als freischaffender Kunstmaler sein Gepräge erhalten habe.

Der Beklagte beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, daß das Urteil der materiellen Rechtslage entspricht und die von der Klägerin gerügten Verfahrensmängel nicht vorliegen. Zur Darstellung seines Vorbringens wird auf den Schriftsatz vom 7. Februar 1968 verwiesen.

Die durch Zulassung gemäß § 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG statthafte Revision ist form- und fristgerecht eingelegt und auch rechtzeitig begründet worden (§§ 164, 166 SGG); sie ist daher zulässig. Die Revision ist jedoch nicht begründet.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat das LSG zutreffend die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG vom 1. September 1966 als zulässig angesehen. Die Zulässigkeit der Berufung ist bei einer statthaften Revision durch das Revisionsgericht von Amts wegen ohne einen Antrag eines Beteiligten zu prüfen (BSG 2, 225). Zwar hat das SG in der

- 10 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 10 -

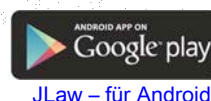
Rechtsmittelbelehrung seines Urteils ausgeführt, daß die Berufung gemäß § 148 SGG nicht zulässig ist; diese Rechtsmittelbelehrung ist jedoch unrichtig. Als Ausschließungsgrund käme im vorliegenden Fall nur § 148 Nr. 3 SGG in Betracht, wonach in Angelegenheiten der Kriegsopferversorgung die Berufung nicht zulässig ist, soweit sie den Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) oder die Neufeststellung der Versorgungsbezüge wegen Änderung der Verhältnisse betrifft, es sei denn, daß die Schwerbeschäftigteneigenschaft oder die Gewährung der Grundrente davon abhängt. Im vorliegenden Fall betraf die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG nicht die Höhe ihrer MdE, denn zwischen den Beteiligten besteht nur Streit über die Höhe des der Klägerin zustehenden Schadensausgleichs. Ebenso scheidet als Berufungsausschließungsgrund i.S. des § 148 Nr. 3 SGG der Tatbestand einer Neufeststellung der Versorgungsbezüge wegen Änderung der Verhältnisse aus; denn in dem angefochtenen Bescheid ist der Klägerin erstmals auf Grund der Neufassung des BVG durch das 2. NOG gemäß § 40 a BVG ein Schadensausgleich bewilligt worden. Wenn auch der Klägerin mit Bescheid vom 5. April 1962 eine erhöhte Witwenausgleichsrente gemäß § 41 Abs. 3 BVG idF des 1. NOG gewährt worden war, so beruht die Gewährung des Schadensausgleichs nach § 40 a BVG nicht auf einer Neufeststellung der Versorgungsbezüge wegen Änderung der Verhältnisse i.S. des § 148 Nr. 3 SGG. Der Schadensausgleich nach § 40 a BVG ist nämlich eine nach Umfang und Voraussetzungen gegenüber der erhöhten Witwenausgleichsrente gemäß § 41 Abs. 3 BVG idF des 1. NOG völlig neuartige Leistung, die erstmals mit dem Inkrafttreten des 2. NOG gewährt werden kann. Im vorliegenden Fall ist somit die Gewährung des Schadensausgleichs nach § 40 a BVG idF des 2. NOG die Erstfeststellung dieser Leistung, nicht aber eine Neufeststellung wegen Änderung der Verhältnisse i.S.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 11 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 11 -

des § 148 Nr. 3 SGG. Demnach war die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG - entgegen der Rechtsmittelbelehrung - nicht ausgeschlossen. Die Rechtsmittelbelehrung des Urteils des SG war also unrichtig, so daß die Einlegung der Berufung innerhalb eines Jahres seit Zustellung des angefochtenen Urteils zulässig war (§ 66 Abs. 2 SGG). Diese Frist hat die Klägerin nach den Feststellungen des LSG auch eingehalten.

Ferner ist das LSG zutreffend davon ausgegangen, daß die nach Erlaß des angefochtenen Bescheides vom 8. Januar 1965 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Mai 1965 während des Klage- und Berufungsverfahrens erteilten Bescheide vom 18. Mai 1965, 24. März und 6. Oktober 1966 sowie 11. Mai 1967 gemäß § 96 SGG Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens geworden sind, denn diese Bescheide haben den ursprünglich angefochtenen Bescheid abgeändert bzw. ersetzt.

Das LSG hat aber auch in sachlich-rechtlicher Beziehung zutreffend entschieden, daß der Berechnung des Schadensausgleichs der Klägerin gemäß § 40 a BVG kein höheres Durchschnittseinkommen als das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 des BBesG mit den gesetzlichen Zuschlägen zugrunde gelegt werden kann. Der Anspruch der Klägerin auf Schadensausgleich richtet sich im vorliegenden Fall nach § 40 a BVG idF des 2. NOG und des 3. Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Kriegsopferrechts vom 20. Januar 1967 (BGBl I, 141 - 3. NOG) und den hierzu erlassenen Verordnungen zur Durchführung des § 30 Abs. 3 und 4 BVG vom 30. Juli 1964 (BGBl I, 574) und 28. Februar 1967 (BGBl I, 164 -DVO-).

Mit der Zuerkennung des Schadensausgleichs durch die angefochtenen Bescheide hat die Beklagte anerkannt, daß die Klägerin bei Zugrundelegung eines Durchschnittseinkommens

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 12 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 12 -

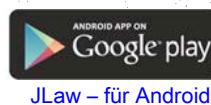
ihres Ehemannes nach der Besoldungsgruppe A 11 des BBesG grundsätzlich die Voraussetzungen des § 40 a BVG i.d.F. des 2. und 3. NOG erfüllt. Zwischen den Beteiligten ist allein streitig, ob die Versorgungsbehörde bei der Feststellung des Schadensausgleichs nach § 40 a Abs. 2 BVG das Einkommen des Ehemannes, welches mit dem von der Witwe erzielten Bruttoeinkommen zuzüglich der Grundrente und der Ausgleichsrente zu vergleichen ist, zutreffend festgesetzt hat. Was als "Einkommen des Ehemannes" gilt, ergibt sich aus § 40 a Abs. 2 Satz 2 BVG. Nach dieser Vorschrift, die gegenüber dem 2. NOG durch das 3. NOG in ihrem sachlichen Gehalt nicht geändert worden ist, gilt als Einkommen des Ehemannes das Durchschnittseinkommen der Berufs- oder Wirtschaftsgruppe, der der Verstorbene angehört hat oder ohne die Schädigung nach seinen Lebensverhältnissen, seinen (beruflichen) Kenntnissen und Fähigkeiten wahrscheinlich angehört hätte. § 30 Abs. 4 Sätze 2 und 3 BVG sind anzuwenden. Allgemeine Vergleichsgrundlage zur Ermittlung des Durchschnittseinkommens sind die amtlichen Erhebungen des Statistischen Bundesamtes für das Bundesgebiet und die jeweils geltenden beamten- oder tarifrechtlichen Besoldungs- oder Vergütungsgruppen des Bundes. Die Bundesregierung hat auf Grund der ihr nach § 30 Abs. 7 BVG erteilten Ermächtigung (s. dazu § 40 a Abs. 4 BVG) in den oben bezeichneten DVOen nähere Bestimmungen darüber getroffen, wie das Durchschnittseinkommen und in welcher Weise der Einkommensverlust zu ermitteln sind. Nach den nicht angegriffenen und daher für den Senat gem. § 163 SGG bindenden Feststellungen des LSG war B. vor seiner Einberufung zum Wehrdienst als selbständiger Malermeister und ferner als Kunstmaler tätig und hätte diese Tätigkeiten auch nach dem Kriege bei glücklicher Heimkehr ausgeübt. Der § 2 Buchst. c der DVO 1964 und der § 2 Abs. 1 Buchst. c der DVO 1968 sehen vor, daß das Durchschnittseinkommen nach § 5 der DVO in der jeweils gültigen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 13 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 13 -

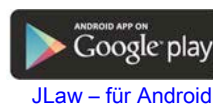
Fassung zu ermitteln ist, wenn der Beschädigte ohne die Schädigung ... selbständig tätig wäre. Nach § 5 Abs. 1 der DVO in der jeweils gültigen Fassung ist das Durchschnittseinkommen bei selbständig Tätigen mit mindestens dem Zeugnis über den erfolgreichen Besuch einer Mittelschule oder mit gleichwertiger Schulbildung bei abgeschlossener Berufsausbildung das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 des BBesG. Da die Versorgungsbehörde dieses Durchschnittseinkommen als Einkommen des Ehemannes der Klägerin der Feststellung des Schadensausgleichs nach § 40 a Abs. 2 Satz 2 BVG zugrunde gelegt hat, ist sie offenbar davon ausgegangen, daß der Besuch der Kunstgewerbeschule durch B. eine den erfolgreichen Besuch einer Mittelschule gleichwertige Schulausbildung darstellt. Ob diese rechtliche Qualifikation durch die Versorgungsbehörde zutrifft, kann dahinstehen; denn die Festsetzung eines niedrigeren Durchschnittseinkommens i.S. des § 5 der DVO könnte durch das Gericht wegen des Verbots der Schlechterstellung der Klägerin (Verbot der reformatio in peius) selbst dann nicht vorgenommen werden, wenn das Gericht zu dem Ergebnis käme, daß der Besuch der Kunstgewerbeschule durch B. einem erfolgreichen Mittelschulbesuch nicht gleichwertig gewesen ist. Eine Erhöhung des Einkommens des B. könnte nach § 5 der DVO nur erfolgen, wenn eine abgeschlossene Hochschulbildung nachgewiesen ist; denn diese Bestimmung sieht vor, daß bei selbständig Tätigen die Besoldungsgruppe A 14 des BBesG zuerkannt wird, wenn sie eine abgeschlossene Hochschulbildung hatten. Unstreitig hatte B. keine abgeschlossene Hochschulbildung, vielmehr war er - wie bindend vom LSG festgestellt ist - nach dem Besuch der Volksschule und der Kunstgewerbeschule in Erfurt sowie auch nach der Ablegung der Meisterprüfung selbständig als Malermeister und Kunstmaler tätig.

- 14 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Der Auffassung der Klägerin, als Einkommen ihres Ehemannes i.S. des § 40 a Abs. 2 Satz 2 BVG müsse deshalb das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 14 des BBesG zugrunde gelegt werden, weil er neben seiner Tätigkeit als Malermeister auch noch als Kunstmaler beruflich tätig gewesen ist, kann nicht gefolgt werden. Bei der Ermittlung des Durchschnittseinkommens der selbständig Tätigen kommt es im Rahmen des § 5 der DVO nämlich nicht darauf an, welche Berufe ein Beschädigter auf Grund seiner Ausbildung im einzelnen ausgeübt und in welcher Weise er die ihm durch die Berufsausbildung erlangten Fähigkeiten wirtschaftlich genutzt hat. Maßgebend ist nach § 5 Abs. 1 der DVO allein, welche Ausbildung und ggf. welche Prüfungen der Beschädigte, der selbständig tätig wäre, nachweisen kann. Die Einstufung in die verschiedenen Besoldungsgruppen des BBesG hängt bei selbständig Tätigen nach § 5 Abs. 1 der DVO ausdrücklich von der durchlaufenen Schulbildung - Volksschule, Mittelschule oder gleichwertige Schulbildung und Hochschule - und von dem Umfang der Berufsausbildung - mit oder ohne abgeschlossene Berufsausbildung oder mit Meisterprüfung - ab. Die Klägerin verkennt bei ihrer Auffassung, daß es sich bei der Bemessung des Durchschnittseinkommens im Rahmen des § 5 der DVO nicht darum handelt, die tatsächlichen Einkünfte ihres Ehemannes aus seiner selbständigen Tätigkeit zu ermitteln, sondern allein darum, welches fiktive Durchschnittseinkommen bei einem durchschnittlichen Berufserfolg auf Grund der nachgewiesenen Berufs- und Schulausbildung generell angenommen werden kann. Dadurch, daß sich bei der Feststellung des Schadensausgleichs das Einkommen des Ehemannes nach einem "Durchschnittseinkommen" (§§ 40 a Abs. 2 Satz 2, 30 Abs. 4 BVG) richtet, wird deutlich, daß der Gesichtspunkt einer individuellen Entschädigung zugunsten eines generalisierten oder pauschalen Schadensausgleichs zurücktreten muß. Daher führen im Einzelfall etwa vorliegende oder anzuerkennende besonders günstige Umstände

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 15 -

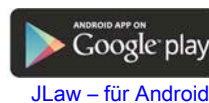
noch nicht zur Gewährung eines entsprechend höheren Schadensausgleichs; auszugehen ist bei der Festsetzung vielmehr von dem "durchschnittlichen" Berufserfolg (s. dazu BSG in SozR DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG, § 5 Nr. 1 mit weiteren Nachweisen).

Dieser durchschnittliche Berufserfolg wird aber bei selbständig Tätigen gem. § 5 der DVO nach den Kenntnissen und Fähigkeiten des Beschädigten bemessen, die er sich auf Grund seiner Schul- und Berufsausbildung erworben oder die er durch die Ablegung bestimmter Prüfungen nachgewiesen hat, nicht aber ergibt sich ein solcher durchschnittlicher Berufserfolg - soweit es sich um das Durchschnittseinkommen nach § 5 der DVO handelt - aus der Art, wie der Beschädigte seine Ausbildung beruflich verwertet hat. In der Heranziehung einer bestimmten Besoldungsgruppe nach § 5 DVO als Berechnungsgrundlage für den Schadensausgleich ist kein Urteil über die individuellen beruflichen Fähigkeiten des Beschädigten oder seines Ehegatten in dem Sinn zu erblicken, daß damit festgestellt wäre, der Eingestufte würde niemals ein höheres Einkommen erreicht haben (s. dazu Urt. des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1969 - 1 BVR 615/67; 1 BVR 303/68). Mit der Pauschalierung des Schadensausgleichs wird vielmehr nur auf Grund der im Gesetz und in den DVOen bezeichneten allgemeinen Kriterien eine generelle Bemessungsgrundlage gegeben, deren Höhe sich bei den selbständig Tätigen aus der Schul- und Berufsausbildung ergibt. Würde man der Auffassung der Klägerin folgen, daß es bei der Ermittlung des Durchschnittseinkommens bei selbständig Tätigen darauf ankommt, ob der Beschädigte in verschiedenen Berufen wirtschaftlich besonders erfolgreich war, so könnte der § 5 DVO in einem solchen Fall überhaupt nicht mehr zur Ermittlung des Durchschnittseinkommens

- 16 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 16 -

herangezogen werden, ohne daß erkennbar wäre, in welcher Weise ohne den Nachweis des überdurchschnittlichen Berufserfolges das Durchschnittseinkommen ermittelt werden soll. Tatsächlich stellt sich also die Auffassung der Klägerin - bei mehreren Berufen eines Beschädigten müßten sich die Sätze des § 5 der DVO erhöhen - als der Versuch dar, einen nur behaupteten, aber nicht nachgewiesenen überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Erfolg im Rahmen des pauschalierten Schadensausgleichs durchzusetzen. Dafür bietet aber § 5 der DVO keine Handhabe.

Ist somit davon auszugehen, daß für die Bemessung des Durchschnittseinkommens bei selbständig Tätigen allein die für die Grundlage des Berufes erforderliche Schul- und Berufsausbildung, nicht aber die einzelnen selbständigen Tätigkeiten des Beschädigten maßgebend sind, so ist auch nicht zu erkennen, inwieweit die in § 5 der DVO getroffene Regelung lückenhaft ist. Bei dieser Sach- und Rechtslage kommt es somit nicht darauf an, ob B. - wie das LSG festgestellt hat - den Beruf des Malermeisters als Hauptberuf ausgeübt und diese Tätigkeit seinem Berufsbild das Gepräge gegeben hat und er nur daneben als Kunstmaler tätig gewesen ist oder ob - wie die Klägerin meint - beide Berufe von B. gleichwertig nebeneinander ausgeübt worden sind. Die insoweit gegen die entsprechende Feststellung des LSG erhobenen Rügen einer Verletzung der §§ 103 und 128 SGG durch das LSG bedurften daher keiner Erörterung.

Da ferner nach den nicht angegriffenen Feststellungen des LSG die Klägerin nicht nachgewiesen hat, daß ihr Ehemann in seinen vor Eintritt der Schädigung ausgeübten Berufen einen Gewinn erzielt und damit eine Stellung erreicht hatte, die durch die Vorschrift des § 5 der DVO nicht ausreichend Berücksichtigung findet, kann das für die Feststellung des

- 17 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 17 -

Schadensausgleichs zu bemessende Einkommen ihres Ehemannes auch nach § 6 der DVO nicht auf das Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 14 des BBesG erhöht werden.

Das LSG hat somit im Ergebnis zutreffend die angefochtenen Bescheide als rechtmäßig angesehen, so daß die Revision als unbegründet zurückzuweisen war (§ 170 Abs. 1 Satz 1 SGG).

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 193 Abs. 1 SGG.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)