

Aktenzeichen:

2 RU 236/62

I m N a m e n d e s V o l k e s

In Sachen

Zugestellt

a) dem Rev.Kläger
am 30. Mai 1963

b) der Rev.Beklagten
am 1. Juni 1963

Klägers und Revisionsklägers,

g e g e n

Beklagte und Revisionsbeklagte,

hat der 2. Senat des Bundessozialgerichts ohne
mündliche Verhandlung am 29. März 1963 unter Mit-
wirkung von

Senatspräsident B r a c k m a n n
als Vorsitzendem,

Bundesrichter D e m i a n i und

Bundesrichter H u n g e r
als weiteren Berufsrichtern,

Bundessozialrichter W e b e r und

Bundessozialrichter T i e d t
als ehrenamtlichen Richtern

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts
vom 5. Oktober 1962 wird mit der Maßgabe zurück-
gewiesen, daß im Ausspruch des angefochtenen
Urteils die Zahl 5730,40 durch 5727,80 ersetzt
wird.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

V o n R e c h t s w e g e n.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

G r ü n d e :

I

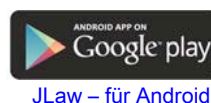
Der Kläger wurde 1958 von einem Arbeitsunfall betroffen. Die Beklagte gewährte ihm durch Bescheid vom 8. April 1959 eine vorläufige Rente nach einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) von 20 v.H.; der Berechnung der Rente legte sie einen Jahresarbeitsverdienst (JAV) von 5.614,79 DM zugrunde. Der Kläger war während des Jahres vor dem Unfall nacheinander in vier verschiedenen Unternehmen beschäftigt gewesen, zuletzt in dem Unfallunternehmen seit dem 31. Januar 1958. In diesem wurde regelmäßig nur an fünf Tagen in der Woche 45 Stunden gearbeitet. Seit dem 31. Januar 1958 hatte der Kläger lediglich an 176 Tagen gearbeitet und insgesamt 3.638,25 DM verdient. Den sich hieraus ergebenden täglichen Durchschnittsverdienst vervielfältigte die Beklagte mit der Zahl 260 (= 5 wöchentliche Arbeitstage x 52 Wochen im Jahr). Dazu zählte sie einen Überstundenverdienst von 240,59 DM und errechnete so den der Rente zugrunde gelegten JAV. Den Rentenfestsetzungsbescheid focht der Kläger nicht an. Die Rente wurde mit Ablauf des Jahres 1960 eingestellt.

Hiergegen hat sich der Kläger mit der Klage zum Sozialgericht (SG) Schleswig gewandt. Er beansprucht die Weitergewährung der Rente und verlangt die Berechnung des JAV nach dem Dreihundertfachen eines täglichen Durchschnittsverdienstes von 22,03 DM; der Überstundenverdienst sei bei der Ermittlung des täglichen Durchschnittsverdienstes zu berücksichtigen. Das SG hat die Beklagte verurteilt, dem Kläger vom 1. Januar 1961 an eine Dauerrente nach einer MdE von 20 v.H. unter Zugrundelegung eines JAV von 6.641,59 DM zu gewähren. Es ist der Ansicht, der Kläger habe nicht regelmäßig nur an fünf Tagen in der Woche gearbeitet, so daß als JAV das Dreihundertfache des täglichen Durchschnittsverdienstes zuzüglich des Überstundenverdienstes gelte.

- 3 -



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

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

- 3 -

Dieses Urteil haben beide Beteiligte mit der Berufung angefochten. Sie streiten nur noch um die Berechnung des JAV, sind sich aber einig darüber, daß auch der Verdienst für die Überstundenarbeit bei der Ermittlung des täglichen Durchschnittsverdienstes zu berücksichtigen sei. Das Landessozialgericht (LSG) hat durch Urteil vom 5. Oktober 1962 auf die Berufung der Beklagten die Klage insoweit abgewiesen, als die Beklagte zur Berücksichtigung eines JAV von mehr als 5.730,40 DM verurteilt worden ist; die Berufung des Klägers ist zurückgewiesen worden. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt: Einer Neufeststellung des JAV stehe der bindend gewordene Bescheid der Beklagten über die Gewährung einer vorläufigen Rente nicht entgegen. Die Neuberechnung des JAV führe zu einem dem Kläger günstigeren Ergebnis. Bei den Arbeits- und Dienstverhältnissen des Klägers während des letzten Jahres vor dem Unfall sei der JAV gemäß § 563 Abs. 2 Satz 1 der Reichsversicherungsordnung (RVO) nach dem Dreihundertfachen des täglichen Durchschnittsverdienstes zu berechnen, und zwar nach dem durch § 11 des Gesetzes über Verbesserungen der gesetzlichen Unfallversicherung vom 10. August 1949 (UVVG) eingefügten letzten Halbsatz jener Vorschrift unter Minderung des täglichen Durchschnittsverdienstes um ein Sechstel. Im Unfallunternehmen sei regelmäßig an fünf Tagen in der Woche 45 Stunden gearbeitet worden. Diese Arbeitszeit habe auch der Kläger bis zu seinem Unfall eingehalten. Zwar sehe die angeführte Kürzungsvorschrift eine Mindestzahl von 46 Arbeitsstunden in der Fünftagewoche vor; sie müsse jedoch ihrem Grundgedanken nach auch gelten, wenn weniger als 46 Stunden gearbeitet wird und trotzdem der volle Lohnausgleich gewahrt bleibt. Denn auch auf diese Fälle sei der Zweck der Vorschrift gerichtet, die eine Lasserstellung der Fünftagearbeiter gegenüber den Sechstagearbeitern vermeiden wolle. Insoweit weise das Gesetz allerdings eine Lücke auf. Die durch § 11 UVVG in § 563 Abs. 2 Satz 1 RVO als letzter

- 4 -

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

- 4 -

Halbsatz eingefügte Sonderregelung sei nicht als die Regelung eines Ausnahmefalles anzusehen, so daß etwa für die Fälle, in denen die Wochenzahl der Arbeitsstunden weniger als 46 Stunden beträgt, das Dreihundertfache des ungekürzten täglichen Durchschnittsverdienstes maßgeblich sei. Die auf 46 Stunden abgestellte Sonderregelung habe keinen Ausschließlichkeitscharakter; sie müsse auf die Fälle ausgedehnt werden, die infolge inzwischen veränderter Arbeitszeitverhältnisse bei der gesetzlichen Regelung im Jahre 1949 noch nicht bedacht werden konnten. Für die Berechnungsweise des JAV, welche die Beklagte für richtig halte, biete das Gesetz keine Grundlage. Dem hier zu entscheidenden, gesetzlich bisher nicht geregelten Fall der Fünftagewoche mit weniger als 46 Stunden stehe der positiv rechtlich geregelte Fall für die Fünftagewoche mit mindestens 46 Arbeitsstunden am nächsten. Es sei anzunehmen, daß sich der Gesetzgeber von den Grundsätzen, die für die durch § 11 UVVG bewirkte Ergänzung des § 563 RVO bestimmend gewesen sind, auch hätte leiten lassen, wenn er den jetzt auftretenden Sachverhalt zu regeln gehabt hätte. Eine Kürzung des Tagessatzes um ein Sechstel vor der Multiplikation mit 300 in allen bisher nicht geregelten Fällen der Fünftagewoche, in denen an fünf Werktagen in der Woche bereits der volle Lohn erzielt werde, entspreche allein auch dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 des Grundgesetzes (GG). Die notwendige verfassungskonforme Auslegung zwingt dazu, die Lücke, die § 563 RVO aufweise, unter Berücksichtigung des in § 11 UVVG zum Ausdruck gekommenen Grundgedankens zu schließen.

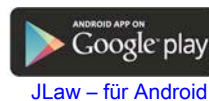
Hiernach ergebe sich im vorliegenden Falle ein JAV von 5.508,- DM. Da aber die Beklagte dem Kläger einen JAV von 5.730,40 DM zugbilligt habe, müsse es bei diesem günstigeren Betrag verbleiben.

Die Revision ist zugelassen.

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Das Urteil ist dem Kläger am 22. November 1962 zugestellt worden. Die Revision hiergegen hat der am 4. Dezember 1962 eingelegt und sie wie folgt begründet: Die Berechnungsweise, aufgrund deren das LSG den JAV des Klägers ermittelt habe, treffe nicht zu. Sie finde auch unter dem Gesichtspunkt der Lückenausfüllung im Gesetz keine Stütze. Der von der Beklagten anerkannte Betrag von 5.730,40 DM sei überdies rein rechnerisch nicht richtig festgestellt. Bei einem durchschnittlichen Tagesverdienst von 33,03 DM ergebe die Vervielfältigung mit 5 x 52 einen Betrag von 5.727,80 DM und nicht 5.730,40 DM. Dem Ermessen des Bundessozialgerichts (BSG) müsse es überlassen bleiben, welche Folgerungen hieraus zu ziehen seien. Die Revision sei der Auffassung, daß die Kürzung um ein Sechstel für den täglichen Durchschnittsverdienst nicht zulässig sei und dem Wortlaut des Gesetzes widerspreche. Tatsächlich hätte der Durchschnittsverdienst von 22,03 DM mit 300 multipliziert werden müssen, so daß ein JAV von 6.609,-- DM gerechtfertigt sei.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihm eine Dauerrente zu gewähren, der ein JAV von 6.609,-- DM zugrunde liege.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie pflichtet dem angefochtenen Urteil im wesentlichen bei.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 124 Abs. 2 SGG).

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

II

Die Revision ist durch Zulassung statthaft (§ 162 Abs. 1 Nr. 1 des Sozialgerichtsgesetzes - SGG -); sie ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, somit zulässig. Das Rechtsmittel hatte jedoch keinen Erfolg.

Der JAV, dessen Berechnung allein streitig ist, unterliegt bei der ersten Feststellung der Dauerrente, um die es sich im vorliegenden Streitfall handelt, der Nachprüfung. Er gehört zu den Grundlagen der Rentenberechnung und ist daher, wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, nach § 1585 Abs. 2 RVO durch den Bescheid der Beklagten über die Gewährung der vorläufigen Rente weder für die Beklagte noch den Kläger bindend festgestellt worden (vgl. GE des RVA 2909 in AN 1916, 717).

Der Kläger war im Laufe des Jahres vor dem Unfall nacheinander in mehreren Unternehmen als Arbeitnehmer beschäftigt. Das LSG hat daher zunächst mit Recht geprüft, welche von den beiden in § 563 Abs. 2 Satz 1 RVO vorgeschriebenen Berechnungsmöglichkeiten für die Festsetzung des JAV im vorliegenden Falle in Betracht kommt. Nach dieser Vorschrift gilt als JAV der Arbeitsentgelt, den der Verletzte während des letzten Jahres vor dem Unfall bezogen hat, oder, falls dies für den Verletzten günstiger ist, grundsätzlich das Dreihundertfache des durchschnittlichen Verdienstes für den vollen Arbeitstag im Unternehmen. Das LSG hat, da der Gesamtverdienst, den der Kläger im Jahre vor dem Unfall bei seinen versicherten Tätigkeiten erzielt hatte, nicht das Dreihundertfache seines täglichen Durchschnittsverdienstes im Unfallunternehmen erreichte, mit Recht die zweite Berechnungsmöglichkeit für anwendbar erklärt. Hierbei ist es zutreffend davon ausgegangen, daß es sich bei dem Unternehmen i.S. des § 563 Abs. 2 Satz 1 RVO, zweite Alternative, um

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

das Unternehmen handelt, in dem sich der Unfall ereignet hat (Unfallunternehmen). Dies folgt eindeutig aus dem Wortlaut und dem Sinngehalt der Vorschrift. Grundlage für die Berechnung des JAV ist der Entgelt, den der Verletzte während des Jahres vor dem Unfall überhaupt durch versicherte Tätigkeiten, also ohne Rücksicht auf das Unfallunternehmen, bezogen hat. Diese Regelung ist durch das Sechste Gesetz über Änderungen in der Unfallversicherung (6. ÄndG) vom 9. März 1942 (RBG I 107) geschaffen worden; sie weicht von den bis dahin für die Berechnung des JAV geltenden Vorschriften ab. Nach § 563 RVO aF war Berechnungsgrundlage ausschließlich der Entgelt, den der Verletzte während des Jahres vor dem Unfall im Unfallbetrieb bezogen hatte. Diese in der Beziehung des Arbeitsentgeltes zum Unfallbetrieb bestehende Einschränkung ist in dem zur Zeit geltenden § 563 Abs. 2 Satz 1 RVO, 2. Alternative, wieder bedeutsam geworden, indem die Bezogenheit des der Berechnung des JAV zugrunde liegenden Arbeitsverdienstes zu dem "Unternehmen" wieder Tatbestandsmerkmal geworden ist. Unternehmen in diesem Zusammenhang kann begrifflich nur das Unfallunternehmen sein; denn es sollte mit der 2. Alternative in erster Linie erreicht werden, daß ein Verletzter, der vor dem Unfall noch kein Jahr im Unfallunternehmen beschäftigt war, aber in diesem Unternehmen eine erheblich besser bezahlte Arbeitsstellung erlangt hatte als auf den vorherigen Arbeitsstellen, bei der Berechnung des JAV so behandelt werde, als sei er schon das ganze Jahr über im Genuß des höheren Arbeitsentgeltes gewesen (vgl. BSG 12, 109, 112). Sonach kommt es bei der Ermittlung des "Durchschnittsverdienstes für den vollen Arbeitstag im Unternehmen" nur auf den Verdienst und die Arbeitszeit des Verletzten im Unfallunternehmen an.

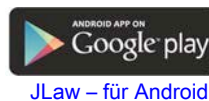
- 8 -



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

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

Der Kläger hat nach den von keiner Seite angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) in dem Unfallunternehmen nur an 176 Tagen gearbeitet. Diese Zahl ist dadurch entstanden, daß in diesem Unternehmen regelmäßig nur an fünf Tagen in der Woche gearbeitet worden ist und der Kläger an 23 Tagen krankgefeiert hat. Bei diesem durch die Fünftagewoche gekennzeichneten Sachverhalt hat das LSG die Frage der Berechnung des JAV mit Recht unter den Voraussetzungen des § 563 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz RVO geprüft. Nach dieser Vorschrift werden im Falle der 2. Alternative vom täglichen Durchschnittsverdienst nur fünf Sechstel berücksichtigt, wenn im Unternehmen regelmäßig nur an fünf Tagen in der Woche, aber insgesamt mindestens 46 Stunden gearbeitet wird. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Streitfalle nicht gegeben, da in dem Unfallunternehmen nur 45 Stunden gearbeitet wurde. Demzufolge hat das LSG die unmittelbare Anwendbarkeit des letzten Halbsatzes a.a.O. zu Recht verneint, daraus aber ebenso zu Recht nicht den Schluß gezogen, daß dem Kläger ein nach dem Dreihundertfachen des ungekürzten täglichen Durchschnittsverdienstes berechneter JAV zuzubilligen sei. Seiner Auffassung, daß nach dem Grundgedanken der im Anschluß an die 2. Alternative des § 563 Abs. 2 Satz 1 RVO getroffenen Sonderregelung nur ein um ein Sechstel gekürzter täglicher Durchschnittsverdienst zu berücksichtigen sei, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Gesetzes erfüllt sind, ist zu folgen. Diese Voraussetzungen, die darin bestehen, daß regelmäßig an fünf Tagen in der Woche gearbeitet wird und dadurch keine Lohneinbuße eingetreten ist, liegen hier nach den Feststellungen des LSG vor. Wie der erkennende Senat in dem zur Veröffentlichung vorgesehenen Urteil vom 29. März 1963 - 2 RU 157/61 - ausgesprochen hat, ist in sinngemäßer Anwendung des § 563 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz RVO der tägliche Durchschnittsverdienst grundsätzlich auch dann um ein Sechstel zu kürzen, wenn in dem Unternehmen bei vollem Lohn-



- 9 -

ausgleich regelmäßig an fünf Tagen in der Woche nur 45 Stunden gearbeitet worden ist. Auf die Begründung dieses Urteils, die sich im wesentlichen mit den entsprechenden Ausführungen des Berufungsurteils im vorliegenden Rechtsstreit deckt, wird im einzelnen Bezug genommen. Entscheidend ist, daß der letzte Halbsatz des § 563 Abs. 2 Satz 1 RVO durch § 11 UVVG zu einer Zeit in die RVO eingefügt worden ist, als der Gesetzgeber berechtigterweise annehmen durfte, eine Einkommensminderung komme praktisch nur dann nicht in Betracht, wenn in der Fünftagewoche mindestens 46 Stunden gearbeitet wird. Da diese Annahme inzwischen aber durch die Entwicklung der Lohn- und Arbeitszeitverhältnisse im Geltungsbereich der RVO überholt ist, rechtfertigt sich eine ausdehnende Anwendung der Kürzungsvorschrift auf Fälle der vorliegenden Art.

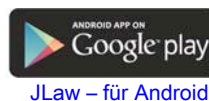
Unter Zugrundelegung der dargelegten Rechtsauffassung ergibt sich bei den Einkommensverhältnissen des Klägers im Unfallunternehmen ein fiktiver JAV von 5.508.-- DM (= 5/6 von 22,03 DM x 300). Die Beklagte hat sich nach ihrem im Berufungsverfahren gestellten Antrag bereiterklärt, der Berechnung der Dauerrente des Klägers einen JAV von 5.730,40 DM zugrunde zu legen. Dieser Betrag errechnete sich aus dem Zweiundfünfzigfachen des Durchschnittsverdienstes für die Fünftagewoche im Unfallunternehmen. Da diese Berechnungsweise gegenüber dem Betrage von 5.508.-- DM zu einem für den Kläger günstigeren Ergebnis führt und keine Möglichkeit besteht, den JAV in der von ihm begehrten Höhe von 6.609.-- DM zu rechtfertigen, kann unentschieden bleiben, ob auch die von der Beklagten gehandhabte Berechnungsweise der sinngemäßen Anwendung des § 563 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz RVO entspricht.

Der Beklagten ist jedoch, worauf die Revision selbst zutreffend hinweist, bei der Ermittlung des Betrages von 5.730,40 DM ein Rechenfehler unterlaufen. Das Zweiundfünfzigfache

- 10 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

des Durchschnittsverdienstes des Klägers in der Fünftage-
woche ergibt 5.727,80 DM. Das Berufungsgericht hat, offen-
bar ohne selbst nachgerechnet zu haben, den zahlenmäßig
unrichtig errechneten Betrag in seine Entscheidung über-
nommen. Der erkennende Senat ist der Auffassung, daß diese
auf einem bloßen Rechenfehler und nicht auf falschen Be-
rechnungsunterlagen für die Ermittlung des JAV beruhende
Unrichtigkeit nach §§ 138, 153, 165 SGG zu berichtigen
ist (vgl. Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Bd I
S. 248 o und AN 99, 444). Die Berichtigung ist noch im Re-
visionsverfahren möglich, solange der Rechtsstreit vor der
Rechtsmittelinstanz schwebt (vgl. Rosenberg, Lehrbuch des
deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., S. 262 § 57 I 3 a;
Baumbach/Lauterbach, Komm.zur ZPO, 26. Aufl., S. 595 Anm.
3 A zu § 319; Stein/Jonas/Schönke/Pohle, Komm.z.ZPO, 18.
Aufl., Anm. II 1 zu § 319; Wieczorek, Komm.z.ZPO, Bd II Teil
1, S. 616 Anm. C I b zu § 319).

Hiernach war die Revision unter der entsprechenden Berich-
tigung des Ausspruches des angefochtenen Urteils zurückzu-
weisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

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