

Bundessozialgericht

2 RU 72/83

Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 2. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche
Verhandlung am 18. Oktober 1984
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landes-
sozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom
8. Februar 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an
das Landessozialgericht zurückverwiesen.



[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 Ehemann der Klägerin war seit 1929 als Elektromaschinenbauer in D beschäftigt. Sein Beschäftigungsverhältnis endete am 30. November 1976, nachdem er seit dem 16. April 1975 arbeitsunfähig krank gewesen war. Am 14. Juni 1977 ist er gestorben. Die Beklagte gewährte der Klägerin durch Bescheid vom 25. November 1977 aus Anlaß des Todes ihres Ehemannes infolge einer Berufskrankheit nach Nr 4105 (durch Asbest verursachtes Mesotheliom des Rippenfells und des Bauchfells) der Anlage 1 zur Berufskrankheiten-Verordnung idF vom 8. Dezember 1976 (BGBl I 3329) - Erkrankungstag 1. Januar 1977 - vom 14. Juni 1977 an ua Witwenrente. Der Rentenberechnung legte die Beklagte als Jahresarbeitsverdienst (JAV) nach § 572 der Reichsversicherungsordnung (RVO) das vom Ehemann der Klägerin im letzten Jahr seiner Beschäftigung (15. April 1974 bis 14. April 1975) bezogene Arbeitsentgelt in Höhe von 37.263,79 DM zugrunde. Mit dem dagegen erhobenen Widerspruch machte die Klägerin geltend, daß der JAV unter Berücksichtigung einer ihrem Ehemann für das Jahr 1975 gezahlten Urlaubsabgeltung höher zu bemessen sei. Ferner habe sie Anspruch auf Rente ihres Ehemannes bis zum Todestag. Durch Bescheid vom 28. Juli 1978 lehnte die Beklagte Entschädigungsleistungen für die Zeit vor dem 14. Juni 1977 und eine Erhöhung des JAV ab.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die dagegen erhobene Klage hat das Sozialgericht (SG) Dortmund den Bescheid vom 28. Juli 1978 aufgehoben, soweit die Beklagte darin über den der Rentenberechnung zugrunde zu legenden JAV entschieden hat. Im übrigen hat das SG die Klage abgewiesen (Urteil vom 25. November 1980). Die teilweise Aufhebung des Bescheides vom 28. Juli 1978 hat das SG damit begründet, daß die Beklagte unzulässigerweise über den Widerspruch der Klägerin gegen den Bescheid vom 25. November 1977 durch den Bescheid vom 28. Juli 1978 entschieden habe. Da sie dem Widerspruch nicht abgeholfen habe, hätte darüber die Widerspruchsstelle zu entscheiden gehabt.

Nachdem die Beklagte dagegen beim Landessozialgericht (LSG) für das Land Nordrhein-Westfalen Berufung eingelegt hatte, wies sie den Widerspruch der Klägerin wegen der Höhe des der Rentenberechnung zugrunde zu legenden JAV mit Widerspruchsbescheid vom 5. Mai 1981 zurück. Mit Schriftsatz vom 4. Januar 1982 nahm sie ihre Berufung zurück. Die Klägerin hat daraufhin beantragt, die Beklagte unter Aufhebung ihres Widerspruchsbescheides vom 5. Mai 1981 und Änderung ihres Bescheides vom 25. November 1977 zu verurteilen, Witwenrente nach einem JAV von 40.374,54 DM zu gewähren. Das LSG hat die Beklagte diesem Antrag entsprechend verurteilt (Urteil vom 8. Februar 1983). In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat das LSG ausgeführt, daß nach Rücknahme der Berufung der Beklagten über den vor der Rücknahme ergangenen Widerspruchsbescheid vom 5. Mai 1981 zu entscheiden sei, der nach § 96 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) Gegenstand des Verfahrens geworden sei. Zur Sache hat das LSG ausgeführt, daß die Berufs-



krankheit des Ehemannes der Klägerin bereits am 25. August 1976 begonnen habe. Für die Berechnung des JAV sei somit nach § 571 Abs 1 RVO der Zeitraum vom 25. August 1975 bis 24. August 1976 maßgebend. In diesem Zeitraum sei der Ehemann der Klägerin zeitweilig arbeitsunfähig und ohne Arbeitseinkommen gewesen. Nach § 571 Abs 1 Satz 2 RVO sei daher der Rentenberechnung als JAV das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, das der Ehemann der Klägerin erzielt hätte, wenn er in der Zeit vom 25. August 1975 bis 24. August 1976 an seinem Arbeitsplatz weiterhin tätig gewesen wäre. Aus dem Bruttolohn von 36.715,47 DM, einem Urlaubszuschuß von 3.159,07 DM und dem Weihnachtsgeld von 500,-- DM hat das LSG einen JAV von 40.374,54 DM errechnet. Eine Vergleichsberechnung nach § 572 RVO sei entbehrlich, da ein höheres Ergebnis nicht zu erwarten sei.

Auf die Beschwerde der Beklagten hat das Bundessozialgericht (BSG) die Revision zugelassen (Beschuß vom 20. Oktober 1983 - 2 BU 72/83 -).

Die Beklagte hat dieses Rechtsmittel eingelegt. Sie trägt vor, daß der Ehemann der Klägerin im Jahr vor Beginn der Berufskrankheit kein Arbeitsentgelt bezogen habe. In einem solchen Fall sei es entgegen der vom LSG vertretenen Auffassung unzulässig, nach § 571 Abs 1 Satz 2 RVO ein fiktives Arbeitsentgelt zu ermitteln und der Rentenberechnung zugrunde zu legen. Das stehe im Widerspruch zur Rechtsprechung des BSG. Ferner habe das LSG mehrfach gegen verfahrensrechtliche Vorschriften verstoßen.



Die Beklagte beantragt,

die Urteile der Vorinstanz aufzuheben, soweit
sie die Aufhebung der im Bescheid vom 28. Juli
1978 durchgeführten Rentenberechnung unter Zu-
grundelegung eines JAV von 37.363,79 DM vorsehen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie trägt vor, daß das LSG den JAV zutreffend nach § 571 Abs 1
Satz 2 RVO berechnet habe. Die von der Beklagten gerügten Ver-
fahrensmängel lägen nicht vor.

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

II.

Die Revision der Beklagten ist insofern begründet, als das ange-
fochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung
und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen ist.

Die der Klägerin von der Beklagten durch Bescheid vom 25. No-
vember 1977 gewährte Witwenrente gehört zu den Leistungen in
Geld, die nach dem JAV berechnet werden (§§ 589 Abs 1 Nr 3, 590,
570 RVO). Für dessen Berechnung finden die §§ 571 bis 578 RVO
Anwendung.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Nach § 571 Abs 1 RVO in der hier noch anzuwendenden bis zum 30. Juni 1977 geltenden Fassung gilt als JAV das Arbeitseinkommen des Verletzten im Jahr vor dem Arbeitsunfall (Satz 1). Für Zeiten, in denen der Verletzte im Jahr vor dem Arbeitsunfall kein Arbeitseinkommen bezog, wird das Arbeitseinkommen zugrunde gelegt, das durch eine Tätigkeit erzielt wird, die der letzten Tätigkeit des Verletzten vor diesen Zeiten entspricht (Satz 2). Ist er früher nicht tätig gewesen, so ist die Tätigkeit maßgebend, die er zur Zeit des Arbeitsunfalls ausgeübt hat (Satz 3). Da eine Berufskrankheit als Arbeitsunfall gilt (§ 551 Abs 1 Satz 1 RVO), sind nach § 551 Abs 3 Satz 1 RVO die Vorschriften der §§ 571 bis 579 RVO, auch für die nach dem JAV zu berechnenden Leistungen in Geld bei Berufskrankheiten anzuwenden.

Nach den Feststellungen des LSG, die von der Revision weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht angefochten worden sind, gilt im vorliegenden Fall als Zeitpunkt des Arbeitsunfalls gemäß § 551 Abs 3 Satz 2 RVO der Beginn der Berufskrankheit des Ehemannes der Klägerin am 25. August 1976. Das für die Berechnung des JAV nach § 571 Abs 1 RVO maßgebende Jahr vor dem Arbeitsunfall ist daher der Zeitraum vom 25. August 1975 bis 24. August 1976.

Das LSG hat als JAV dasjenige Arbeitseinkommen der Rentenberechnung zugrunde gelegt, "das der Versicherte erzielt hätte, wenn er in der Zeit vom 25. August 1975 bis 24. August 1976 an seinem Arbeitsplatz weiterhin tätig gewesen wäre". Daraus ist zu entnehmen, daß es sich bei dem vom LSG festgestellten Betrag von



40.374,54 DM um ein fiktives Arbeitseinkommen handelt, zumal da der Ehemann der Klägerin seit dem 16. April 1975 arbeitsunfähig war und über Lohnzahlungen nach diesem Zeitpunkt im angefochtenen Urteil nichts festgestellt worden ist. Das Urteil enthält auch nichts darüber, seit wann der Ehemann der Klägerin etwa Rente wegen Erwerbsunfähigkeit bezogen hat.

Das LSG hat sich für die Berechnung des JAV auf § 571 Abs 1 Satz 2 RVO gestützt. Diese Vorschrift setzt voraus, daß der Verletzte im Jahr vor dem Arbeitsunfall mindestens während eines Teils dieses Jahres Arbeitseinkommen bezogen hat. Eine Ausfüllung des ganzen Jahres vor dem Arbeitsunfall mit fiktivem Arbeitseinkommen ist nicht zulässig (vgl BSGE 28, 274, 275; 43, 204, 205; 51, 178, 180; SozR 2200 § 571 Nrn 20, 21; BSG Urteile vom 19. Mai 1983 - 2 RU 62/82 - und vom 20. Oktober 1983 - 2 RU 7/83 -; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, 9. Aufl S 574 h; Lauterbach, Gesetzliche Unfallversicherung, 3. Aufl, § 571 Anm 4 Buchst a; Gitter, SGB-Sozialversicherung-Gesamtkommentar, § 571 Anm 7: "zeitweilig"; Bereiter-Hahn/Schieke/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, 4. Aufl, § 571 Anm 4). Die Anwendung dieser Vorschrift erfordert daher Feststellungen, zu welchen Zeiten der Ehemann der Klägerin in dem Zeitraum vom 25. August 1975 bis 24. August 1976 tatsächlich Arbeitseinkommen bezogen hat. Nach dem Vorbringen der Klägerin ist nicht auszuschließen, daß der Arbeitgeber des Ehemannes der Klägerin diesem neben dem während der Arbeitsunfähigkeit bezogenen Krankengeld noch Geldbeträge gezahlt hat (Urlaubsabgeltung für nicht in Anspruch genommenen Urlaub, Weihnachtsgeld), die als Arbeits-

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

einkommen anzusehen sind, mögen die Zahlungen, wie dem Tatbestand des angefochtenen Urteils zu entnehmen ist, auch erst nach dem Ausscheiden des Ehemannes der Klägerin aus seinem Beschäftigungsverhältnis (30. November 1976) und ggf sogar nach seinem Tod (14. Juni 1977) erfolgt sein, sofern nur die Geldbeträge für Zeiten innerhalb des Jahres vor dem Arbeitsunfall geschuldet waren (BSG Urteil vom 9. März 1977 - 2/8 RU 100/75 - Lauterbach-Kartei Nr 10174 zu § 571 Abs 1 Satz 1 RVO; SozR 2200 § 205 Nr 43). Das LSG hat hinsichtlich des im Tatbestand wiedergegebenen Vorbringens der Klägerin jedoch keine Feststellungen getroffen. Da das Revisionsgericht sie nicht nachholen kann, ist eine abschließende Entscheidung des Senats hierzu nicht möglich.

Für den Fall, daß sich Arbeitseinkommen des Ehemannes der Klägerin für einen Teil des Jahres vor dem Arbeitsunfall feststellen läßt, sind diese Beträge bei der Berechnung des JAV mit ihrer tatsächlichen Höhe zu berücksichtigen. Für die dann noch verbleibenden Zeiten ohne Arbeitseinkommen ist ein fiktives Arbeitseinkommen zu ermitteln. Es ist festzustellen welches Arbeitseinkommen durch eine Tätigkeit erzielt worden wäre, die der letzten Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin vor der Zeit ohne Arbeitseinkommen entspricht. Es muß somit ermittelt werden, wieviel ein dem Ehemann der Klägerin gleichartiger Arbeitnehmer in der Zeit, in der der Ehemann der Klägerin kein Arbeitseinkommen bezog, erzielt hat oder wahrscheinlich erzielt hätte (BSGE 43, 204, 206; 51, 178, 181; BSG Urteil vom 20. Oktober 1983 - 2 RU 7/83 -). Da die Beziehungen des Ehemannes der Klägerin zu seiner beruflichen Tätigkeit bei Beginn der Berufskrankheit (25. August



1976) noch nicht als gelöst anzusehen waren - das Beschäftigungsverhältnis endete erst am 30. November 1976 - steht einer Ermittlung des fiktiven Arbeitseinkommens eines dem Ehemann der Klägerin gleichartigen Arbeitnehmers nichts im Wege. Insoweit stimmt der Senat der vom LSG vertretenen Auffassung zu.

Lässt sich für die Zeit vom 25. August 1975 bis 24. August 1976 kein tatsächlich vom Ehemann der Klägerin bezogenes Arbeitseinkommen feststellen, scheidet eine Berechnung des JAV nach § 571 Abs 1 Satz 2 RVO aus. Eine Anwendung des § 571 Abs 1 Satz 3 RVO kommt hier ebenfalls nicht in Betracht, da der Ehemann der Klägerin im Zeitpunkt des Arbeitsunfalls (Beginn der Berufskrankheit) keine versicherte Tätigkeit mehr ausgeübt hat (vgl Brackmann aaO S 475b).

Der JAV ist dann ausschließlich nach § 571 Abs 1 Satz 1 und 2 RVO iVm § 572 RVO neu zu berechnen. Nach § 572 RVO gilt für die Berechnung des JAV bei Berufskrankheiten, wenn es für den Berechtigten günstiger ist, als Zeitpunkt des Arbeitsunfalls der letzte Tag, an dem der Versicherte in einem Unternehmen Arbeiten verrichtet hat, die ihrer Art nach geeignet sind, die Berufskrankheit zu verursachen. Hiernach wäre für den Ehemann der Klägerin der Zeitpunkt des Arbeitsunfalls der 15. April 1975; vom 16. April 1975 an war der Ehemann der Klägerin arbeitsunfähig erkrankt. Die zuletzt verrichtete Tätigkeit im Beschäftigungsunternehmen war ihrer Art nach geeignet, die Berufskrankheit zu verursachen. Danach hat die Beklagte den JAV errechnet, allerdings ohne ihn in entsprechender Anwendung des § 579 RVO anzu-



passen (vgl. Lauterbach, aaO, § 572 Anm 4; Gitter aaO § 572 Anm 6 Podzun, Der Unfallsachbearbeiter, 3. Aufl, Kennzahl 440 S 11 und 12; Bereiter-Hahn/Schieke/Mehrtens, aaO, § 572 Anm 1).

Hat der Ehemann der Klägerin für einen Teil des Jahres vor dem Arbeitsunfall (25. August 1975 bis 24. August 1976) Arbeitseinkommen bezogen (§ 571 Abs 1 Satz 2 RVO), so ist nach Ausfüllung der Fehlzeiten mit einem fiktiven Arbeitseinkommen zu prüfen, ob dies für die Berechnung des JAV günstiger ist, als wenn für die Berechnung der Zeitpunkt des Arbeitsunfalls nach § 572 auf den 14. April 1975 zurückverlegt wird.

Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das LSG zurückverwiesen werden.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)