

Bundessozialgericht
Az.: 8 RV 181/70

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

U r t e i l

Verkündet
am 24. Juni 1971

in dem Rechtsstreit

.....
Klägerin und Revisionsbeklagte,
Prozeßbevollmächtigte:.....

g e g e n

.....
Beklagter und Revisionskläger.

Der 8. Senat des Bundessozialgerichts hat auf
die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1971
durch

Senatspräsident	Dr. M a i s c h - Vorsitzender - ,
Bundesrichter	P e t e r s e n ,
Bundesrichter	Dr. Schwankhart ,
Bundessozialrichter	B r o s t und
Bundessozialrichterin	B e c k e r

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen
vom 13. Januar 1970 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung
und Entscheidung an dieses Gericht zurückge-
wiesen.

- 2 -



- 2 -

G r ü n d e :

Der Klägerin wurde mit Bescheid vom 12. Mai 1966 Schadensausgleich nach § 40a des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) bewilligt, wobei das Versorgungsamt der Berechnung des Einkommens des verstorbenen Ehemannes der Klägerin (Sch.) als selbständiger Gastwirt das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 7 des Bundesbesoldungsgesetzes (BBesG) zuzüglich des Ortszuschlags zugrunde legte. Der Widerspruch der Klägerin, mit dem sie eine ihr günstigere Berechnung aus dem Durchschnittseinkommen des Ehemannes als Bahnhofswirt in Kall (Eifel) in den letzten Jahren vor der Einberufung im Juni 1941 begehrte, hatte keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 18. Januar 1967). Die Verwaltung hielt die Einnahmen aus der Gastwirtschaft in der Zeit von 1937 bis 1940 für konjunkturbedingt und ließ sie daher bei der Ermittlung des Durchschnittseinkommens außer Betracht.

Das Sozialgericht (SG) Aachen, vor dem die Klägerin ein Einkommen (Reingewinn) von 35 408,-- RM im Jahre 1939 und ähnliche Gewinne für die Jahre 1938 und 1940 behauptet hat, hat mit Urteil vom 17. Oktober 1968 die Klage abgewiesen. Sch. habe zwar wegen des Baues des Westwalls und der Burg Vogelsang aus rein konjunkturbedingten Gründen ein höheres Einkommen gehabt, dies könne aber wegen der Konjunkturbedingtheit im Rahmen der Ausnahmevorschrift des § 6 der Durchführungsverordnung zu § 30 Abs. 3 und 4 des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) (DVO) nicht berücksichtigt werden (BSG 27, 178). Die Kürzung des Durchschnittseinkommens für die Zeit nach Vollendung des 65. Lebensjahres des Beschädigten sei nach § 5 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 5 DVO gerechtfertigt.

- 3 -



- 3 -

Auf die Berufung der Klägerin hat das Landessozialgericht (LSG) mit Urteil vom 13. Januar 1970 das angefochtene Urteil abgeändert und den Beklagten verurteilt, Schadensausgleich unter Zugrundelegung der Besoldungsgruppe A 11 BBesG zu gewähren. Das LSG hat die Anwendung der Besoldungsgruppe A 7 BBesG nicht für angemessen gehalten, weil Sch. in der Zeit von 1938 bis 1940 Gewinne zwischen 24.620,--RM und 35.408,--RM erzielt habe. Es hat ferner entsprechend der Auskunft des Verbandes des Nordrheinischen Gaststätten- und Hotelgewerbes Aachen vom 25. Januar 1966 als Wert der Arbeitsleistung des Sch. die Hälfte des Gewinns d.h. im Durchschnitt 15.000,--RM angenommen. Das hiernach sich ergebende monatliche Durchschnittseinkommen von 1250,--RM liege erheblich über dem Endgrundgehalt der Bes. Gruppe A 7 von 722,--DM (ab 1. März 1963). Zwar könnten vorübergehende hohe Einnahmen bei § 6 DVO nicht berücksichtigt werden; seien diese hohen Einnahmen aber - wie hier -, in den letzten drei Jahren (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 2 DVO) erzielt worden, so handele es sich nicht um nur vorübergehende Einkünfte. Da das Endgehalt der Besoldungsgruppe A 11 ab 1. März 1963 1214,--DM betragen habe, sei diese der Berechnung des Schadensausgleichs zugrunde zu legen.

Mit der zugelassenen Revision rügt der Beklagte, das LSG habe die §§ 5 und 6 DVO vom 30. Juli 1964 und vom 28. Februar 1968 zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG sowie § 40 a BVG verletzt. Es habe ferner gegen die Vorschriften der Sachaufklärungspflicht (§ 103 des Sozialgerichtsgesetzes -SGG-) und der Beweiswürdigung (§ 128 SGG) verstoßen. Der Beklagte trägt neben allgemeinen rechtlichen Erwägungen vor, daß ein vorübergehendes Einkommen wie der in den Jahren 1938 bis 1940 wegen des Baues des Westwalls und der Burg Vogelsang in der Eifel von Sch. erlangte Verdienst bei der Ermittlung des Vergleichseinkommens unberücksichtigt bleiben müsse, weil ihm

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

- 4 -

das Merkmal der Beständigkeit gefehlt habe. Die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 DVO seien nicht erfüllt, da der selbständigen Tätigkeit des Sch. keine herausgehobene "wirtschaftliche Bedeutung" zukomme. Dies sei aber erforderlich, wie in der DVO von 1968 klargestellt worden sei. Das LSG habe ferner dadurch gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, daß es aus der Auskunft des Verbandes des Nordrheinischen Gaststätten- und Hotelgewerbes vom 25. Januar 1966 auf ein Arbeitseinkommen des Ehemannes der Klägerin von 1250,--RM geschlossen habe, obgleich aus der Auskunft über die Höhe des Entgelts eines Arbeitnehmers in vergleichbarer Stellung nichts zu entnehmen sei. Das LSG hätte sich daher gedrängt fühlen müssen, bei dem genannten Verband wegen des damaligen Arbeitseinkommens eines solchen Arbeitnehmers zurückzufragen. Sollte das LSG die Höhe eines solchen Entgeltes in Wirklichkeit nicht festgestellt haben, so sei § 6 Abs. 2 Satz 3 DVO verletzt.

Der Beklagte beantragt,
unter Abänderung des Berufungsurteils die Berufung der Klägerin gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen.

hilfsweise,
unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Revision gegen das angefochtene Urteil als unbegründet zurückzuweisen.

Das LSG habe weder materielles noch formelles Recht verletzt. Die nach § 5 DVO vorgenommene Einstufung in die Besoldungsgruppe A 7 BBesG entspreche der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts -BSG-. Die höhere Einstufung nach § 6 DVO sei aber wegen der von



- 5 -

Sch. bereits erreichten Stellung eines selbständigen Gastwirts zu rechtfertigen, weil sie durch § 5 DVO mit seinem generalisierenden Maßstab eines fiktiven Berufserfolgs nicht ausreichend berücksichtigt werde. Als Arbeitnehmer wäre der Ehemann der Klägerin Geschäftsführer gewesen und hätte als solcher in etwa das als nachgewiesen angesehene monatliche Einkommen erzielt.

Die durch Zulassung statthafte Revision (§ 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG) ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 164 SGG) und daher zulässig. Sie führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Kriegerwitwen haben nach § 40a BVG in der Fassung des Zweiten Neuordnungsgesetzes (2. NOG) vom 21. Februar 1964 (BGBl I, 85) Anspruch auf Schadnesausgleich, dessen Höhe sich nach dem früheren oder mutmaßlichen späteren Einkommen des gefallenen Ehemannes (Vergleichseinkommen) richtet. Das 3. NOG vom 28. Dezember 1966 (BGBl I 750) hat keine für den vorl. Streitfall wesentlichen Änderungen gebracht. Aufgrund des § 40 a Abs. 4 und des § 30 Abs. 7 BVG ist bei der Feststellung des tatsächlich oder wahrscheinlich erzielten Einkommens für die Zeit vom 1. Januar 1964 an die DVO vom 30. Juli 1964 (BGBl I S. 574) und für die Zeit vom 1. Januar 1967 an die DVO vom 28. Februar 1968 (BGBl I S. 194) anzuwenden. Da der Ehemann der Klägerin (Sch) mehr als 10 Jahre im Beruf eines selbständigen Gastwirts tätig war, hat die Verwaltung eine abgeschlossene Berufsausbildung des Sch. als Gastwirt unterstellt und demgemäß nach § 5 Abs. 1 DVO der Berechnung des Schadensausgleichs das Durchschnittseinkommen nach der Besoldungsgruppe A 7 BBesG zugrunde gelegt (vgl. dazu auch § 5 Abs. 2 DVO idF des 3. NOG). Insoweit besteht kein Streit.

- 6 -



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

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

- 6 -

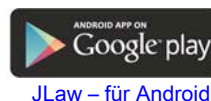
Hat der Beschädigte in dem früheren Beruf eine besonders hervorgehobene Stellung erreicht (DVO 1964) oder ist die wirtschaftliche Bedeutung der früher ausgeübten selbstständigen Tätigkeit derart, daß sie durch das nach § 5 DVO ermittelte Durchschnittseinkommen nicht ausreichend berücksichtigt wird, so ist eine höhere, dem tatsächlich erzielten Einkommen entsprechende Besoldungsgruppe zugrunde zu legen. Im vorliegenden Fall hat Sch. in der Tat während der letzten 3 Jahre vor seiner Einberufung zum Wehrdienst ein überdurchschnittlich hohes Einkommen als selbständiger Gastwirt in der Bahnhofsgaststätte Kall (Eifel) erzielt. Diese Einkünfte waren aber nach den Feststellungen des LSG konjunkturbedingt, weil sich "in ihnen damals gerade die Bauten des Westwalles und der Burg Vogelsang auswirkten". Nach dem Sinn und Zweck des § 6 DVO können aber solche konjunkturbedingte Einkünfte bei der Prüfung der Frage, ob ein „überdurchschnittlicher“ Berufserfolg i.S. dieser Vorschrift vorliegt (vgl. Entscheidung des 10. Senats des BSG in BVB1 1970, S. 92), grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Der 9. Senat des BSG hat im Urteil vom 6. Mai 1969 - 9 RV 548/67 (SozR Nr. 6 zu § 6 DVO) das Erfordernis der Kontinuität in der Ausübung derselben Berufstätigkeit betont und auf das BMA-Rundschreiben vom 16. April 1962 (BVB1 1962 S. 54) hingewiesen, wonach der außergewöhnliche Berufserfolg "nicht lediglich Ausdruck eines vorübergehenden hohen Konjunkturgewinns" sein darf. In SozR Nr. 8 zu § 40 a BVG hat der gleiche Senat ausgesprochen, daß eine früher einmal bekleidete Stellung nicht mehr Grundlage für die Berechnung des Schadensausgleichs nach § 6 (Abs. 1) DVO sein kann, wenn der Beschädigte sie nicht mehr behaupten konnte oder wenn er aus nichtschädigungsbedingten Gründen nicht mehr in der Lage gewesen ist, die früher einmal erlangte Stellung für die Dauer wieder einzunehmen. Dem schließt sich der erkennende Senat an. Ein nur vorübergehender, auf eine sich nicht wiederholende Konjunktur

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

- 7 -



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

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

- 7 -

zurückzuführender Berufserfolg muß sonach außer Betracht bleiben (vgl. dazu auch die Entscheidung des erkennenden Senats vom 27. Mai 1971 - 8 RV 103/70 -).

Das LSG hat sich der Erkenntnis, daß vorübergehende hohe Einnahmen bei der Bemessung des Schadensausgleichs im Rahmen des § 6 DVO nicht berücksichtigt werden dürfen, nicht verschlossen. Seiner Auffassung, Einkünfte, die - wie hier - in den letzten drei Jahren vor der Einberufung zum Wehrdienst erzielt worden seien, seien nicht als vorübergehend hohe Einkünfte anzusehen, kann jedoch nicht zugestimmt werden. Richtig ist zwar, daß § 6 DVO sich mit dem Nachweis des durchschnittlichen Gewinnes aus Gewerbe oder selbständiger Arbeit "in den letzten drei Jahren" vor Eintritt der Schädigung usw. begnügt. Damit ist aber nur klargestellt, daß die im Rahmen des § 6 Abs. 2 DVO an sich zu berücksichtigende Tätigkeit von einer gewissen Dauer gewesen sein muß. Diese 3-Jahresfrist gilt auch nur für den Regelfall. Denn dem Erfordernis des § 6 Abs. 2 ist - wie der 9. Senat des BSG in SozR Nr. 6 zu § 6 DVO unter Hinweis auf das BMA-Rundschreiben vom 16.4.1962 (BVB1 1962, 54) betont hat - auch dann genügt, wenn die selbständige Tätigkeit weniger als drei Jahre ausgeübt wurde und sich bereits in dieser kürzeren Zeit ein außergewöhnlicher Berufserfolg abgezeichnet hat.

Das LSG hat jedoch nicht hinreichend beachtet, daß einer Anwendung des § 6 DVO im vorliegenden Fall nicht so sehr der vorübergehende Charakter der Einkünfte, sondern entscheidend der Umstand entgegensteht, daß die Einkünfte des Sch. auf besondere Konjunkturverhältnisse zurückzuführen sind, von denen - nach dem gegenwärtigen Beweisergebnis - nicht angenommen werden kann, daß sie sich in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg und damit auch seit der Bewilligung des Schadens-



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



[JLaw - für Android](#)



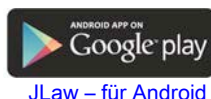
[JLaw - für iOS](#)

- 8 -

ausgleichs etwa wiederholt hätten. Die Vorschrift des § 6 DVO will nicht früher einmal für kurze Zeit (etwa 3 oder auch mehr Jahre) bestandene besonders günstige und ihrer Art nach nicht wiederkehrende Einkommensverhältnisse und die dadurch nur vorübergehend erlangte ungewöhnlich günstige Berufsstellung für alle Zukunft sicherstellen und "perpetuieren" (vgl. BSG in SozR Nr. 4 zu § 40 a BVG). Sie läßt vielmehr nur in Ausnahmefällen den Nachweis zu, daß - gemessen an der früher erreichten hohen Berufsstellung - die in den §§ 3 bis 5 der DVO vorgesehenen fiktiven Durchschnittseinkommen im Einzelfall als ungeeigneter Maßstab anzusehen sind und damit als angemessener Schadensausgleich nicht gelten können (vgl. BSG in SozR Nr. 1 zu § 6 DVO). Daraus ergibt sich, daß im Falle des § 6 DVO nicht lediglich die früher bestandenen Verhältnisse ins Auge zu fassen sind, sondern daß geprüft und erwogen werden muß, ob die Annahme gerechtfertigt ist, daß die früher erreichte Berufsstellung auch bei Betrachtung der heutigen Verhältnisse durch die regelmäßigen Durchschnittsverdienste der §§ 3 bis 5 DVO nicht ausreichend berücksichtigt wird.

Das LSG hätte sich sonach nicht mit der Feststellung begnügen dürfen, daß Sch. in den Jahren 1938 bis 1940 Einkünfte von 15.000,--RM jährlich bzw. 1.250,--DM monatlich gehabt hat. Vielmehr hätte es auch prüfen müssen, welches Einkommen aus der Bahnhofsgaststätte erzielt worden wäre, wenn man normale Verhältnisse - also nicht die durch den Bau des Westwalls oder evtl. auch durch den Bau der Burg Vogelsang bedingten außergewöhnlichen und sich wohl nicht wiederholenden Verhältnisse - zugrundelegt. Insoweit ist bedeutsam, daß sich nach der Mitteilung der Bundesbahndirektion Köln vom 8. Juni 1966 der Reingewinn z.B. von 1935 bis zum Jahre 1939 fast verneunfacht hat. Der Klägerin ist allerdings in einem Fall der vorliegenden Art auch nicht der Nachweis verwehrt,

- 9 -



daß sich die Einkünfte der Bahnhofsgaststätte durch spätere Umstände den in den Jahren 1938 bis 1940 erzielten Einkünften wieder angenähert hätten. Diese könnten aber auch dann der Berechnung des Schadensausgleichs nicht in voller Höhe oder in Höhe eines runden Prozentsatzes zugrundegelegt werden. Es geht insbesondere nicht an, wie es das LSG getan hat, die bisher festgestellten hohen Einkünfte, insbesondere die nach der Mitteilung der Bundesbahndirektion vom 8. Juni 1966 auf das 9-fache gestiegenen Reineinnahmen, soweit sie überhaupt herangezogen werden können, ohne weiteres zur Hälfte als Einkommen des Ehemannes der Klägerin zu berücksichtigen. Vielmehr ist nach § 6 Abs. 2 letzter Satz DVO das Arbeitsentgelt heranzuziehen, das einem Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung, hier etwa einem Geschäftsführer, zu zahlen gewesen wäre.

Insoweit enthält die Auskunft des Verbandes des Nordrheinischen Gaststätten- und Hotelgewerbes vom 25. Januar 1966, auf die sich das LSG gestützt hat - wie die Revision mit Recht rügt -, keine hinreichenden Angaben. Da der erkennende Senat die fehlenden Feststellungen nicht nachholen kann, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das LSG zurückzuverweisen. Das LSG wird bei erneuter Prüfung zu beachten haben, daß als Vergleich nicht die heutigen beamtenrechtlichen Endgrundgehälter heranzuziehen sind, sondern die Dienstbezüge, die ein Reichsbeamter "zu derselben Zeit", also 1938 bis 1940, "erhalten hätte" (vgl. § 6 Abs. 1 letzter Satz DVO 1964 und die Änderung in der DVO 1968 (verheirateter kinderloser Reichs- oder Bundesbeamter)). Ferner wird zu prüfen sein, ob die Bundesbahndirektion dem Ehemann der Klägerin bei gesunder Heimkehr wegen des in den letzten Jahren vor der Einberufung erzielten sehr hohen Umsatzes der von ihm geleiteten Bahnhofsgaststätte etwa einen anderen Pachtvertrag mit ähnlich hohen Umsätzen angeboten hätte und ob der Ehemann der Klägerin



- 10 -

von einem solchen Angebot Gebrauch gemacht hätte. Falls dies wahrscheinlich ist, könnte die Entscheidung des LSG im Grundsatz zutreffen. Das gleiche würde gelten, wenn für die Bahnhofsgaststätte Kall auch nach Wegfall der früheren außergewöhnlichen konjunkturbedingten Umstände nach einer angemessenen Übergangszeit ähnlich hohe Einkünfte angenommen werden könnten. Insofern dürfte für den ab 1.1.1964 bewilligten Schadensausgleich unter Umständen zu beachten sein, daß der Umsatz der Bahnhofswirtschaft Kall im Jahre 1957 109.006,--DM - gegenüber 1938 mit 101.691,--RM - betrug (vgl. Auskunft der Bundesbahndirektion Köln vom 22. 3.1966). In beiden Fällen könnten die in den Jahren 1938 bis 1940 tatsächlich erzielten hohen Einnahmen, soweit sie auf die eigene Tätigkeit des Sch. zurückzuführen sind, berücksichtigt werden, weil dann festgestellt wäre, daß die früher erlangte Stellung nicht nur vorübergehender Natur und nicht allein Ausfluß der damaligen besonderen Konjunkturlage gewesen ist.

Nach alledem war, wie geschehen, zu erkennen.

Die Kostenentscheidung bleibt der den Rechtsstreit abschließenden Entscheidung vorbehalten.

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
[\(mobile App\)](#)

