

Bundessozialgericht

Az.: 8 RV 547/67

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

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
27. März 1969

.....
Klägerin, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: -

g e g e n

.....
Beklagter, Revisionskläger
und Revisionsbeklagter.

Der 8. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die
mündliche Verhandlung vom 27. März 1969 durch

Senatspräsident	S t e n g e l - Vorsitzender -,
Bundesrichter	Dr. S c h w a n k h a r t ,
Bundesrichter	S o n n e n b e r g ,
Bundessozialrichter	Dr. D e i t e r und
Bundessozialrichterin	J o h n s e n

für Recht erkannt:

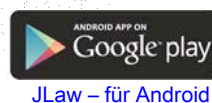
Auf die Revisionen der Klägerin und des Beklagten
wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-
Westfalen vom 22. Juni 1967 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entschei-
dung an dieses Gericht zurückverwiesen.

- 2 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 2 -

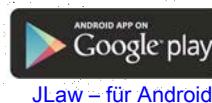
G r ü n d e :

Die Klägerin ist die Witwe des 1908 geborenen und 1942
gefallenen selbständigen (gelernten) Kaufmannes und
(seit 1933) Inhabers eines Einzelhandelsgeschäfts Heinrich
W..... Sie beantragte am 25. April 1964 die Gewährung
eines Schadensausgleichs nach § 40 a des Bundesversorgungsgesetzes (BVG). Das Versorgungsamt Essen gewährte mit Bescheid vom 22. Dezember 1964 gemäß § 6 Abs. 2 der Durchführungsverordnung (DVO) zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG einen Schadensausgleich unter Zugrundelegung eines Einkommens nach der Besoldungsgruppe A 9 des Bundesbesoldungsgesetzes (BBesG). Dabei ist der Berechnung des Einkommens der Umsatz des Jahres 1941 (109 580 Reichsmark) zugrunde gelegt worden. Der Widerspruch der Klägerin hatte keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid des Landesversorgungsamts Nordrhein vom 30. September 1965). Im Klageverfahren hat das Sozialgericht Duisburg mit Urteil vom 20. September 1966 den Beklagten verurteilt, den Schadensausgleich nach der Besoldungsgruppe A 13 des BBesG zu berechnen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 22. Juni 1967 das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage mit der Maßgabe abgewiesen, daß der Klägerin Schadensausgleich unter Zugrundelegung der Besoldungsgruppe A 11 BBesG als Durchschnittseinkommen zu gewähren sei. Das LSG hat dahingestellt gelassen, ob die Verwaltung an die im Bescheid vom 22. Dezember 1964 vertretene Auffassung gebunden sei, daß ein besonderer Fall vorliege und der Schadensausgleich daher nach § 6 Abs. 2 DVO zu ermessen sei; denn auch das Berufungsgericht habe aufgrund der Bescheinigung des Finanzamts Essen-Süd vom 31. Dezember 1965 (Umsatz im Jahre 1939: 154 021 RM) die Anwendung des § 6 Abs. 2 DVO für gerechtfertigt gehalten, weil der Verstorbene in seinem Gewerbe eine entsprechende

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Stellung erreicht hätte. Im übrigen hat das LSG ausgeführt, im Einzelhandel komme es nicht auf eine bestimmte soziale Stellung an, weil es keine Titel und Tätigkeitsmerkmale gebe, sondern auf die Einkommenshöhe. Der Nachweis des Gewinns müsse nicht für jedes einzelne der drei Jahre erbracht werden, zumal angesichts der Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse die Anforderungen an einen solchen Nachweis nicht zu weit gezogen werden könnten. Der errechnete Gewinn von monatlich 825 RM könnte an sich dem Einkommen im höheren Dienst entsprechen und zur Einstufung nach der Besoldungsgruppe A 13 führen; jedoch rechtfertige ein Arbeits-einkommen in vergleichbarer Stellung mit drei unterstellten Arbeitskräften höchstens die Einstufung nach einer Besoldungsgruppe des gehobenen Dienstes, und zwar der eines Amtmannes.

Das LSG hat die Revision zugelassen, weil die Frage der "erreichten Stellung", des Verhältnisses des § 6 Abs. 2 zu § 6 Abs. 1 DVO sowie der an den Nachweis über das Durchschnittseinkommen zu stellenden Anforderungen und schließlich die Frage des Verhältnisses der eigenen Arbeitskraft zu dem finanziellen Gewinn eines selbständig Tätigen von grundsätzlicher Bedeutung sei.

Beide Beteiligte haben das jeweils am 10. Juli 1967 zugestellte Urteil mit der Revision rechtzeitig angefochten, der Beklagte am 2. August 1967, die Klägerin am 8. August 1967.

Die Klägerin rügt eine Verletzung des § 40 a BVG und des § 6 Abs. 2 DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG. Das LSG hätte bei Anwendung des § 6 Abs. 2 Satz 3 DVO auch den Unternehmergewinn aus dem selbständigen Gewerbebetrieb berücksichtigen müssen. Dadurch wäre es zu einer höheren Einstufung des Verstorbenen gekommen. Wie bei den freien Berufen



(BMA in BVBl 1962 S. 54 Nr. 32), sei auch beim gewerblichen Unternehmer der Gewinn typisch für das Berufseinkommen, von dem lediglich die Einkünfte aus anderen Quellen (Kapitalvermögen, Haus- und Grundbesitz) abzusetzen seien. Dieser Gewinn hätte die Einstufung nach dem Einkommen eines höheren Beamten gerechtfertigt (Besoldungsgruppe A 13).

Der Beklagte rügt ebenfalls, das LSG habe § 40 a BVG i.V.m. § 6 Abs. 2 DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG verletzt. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Voraussetzungen von § 6 Abs. 2 DVO als gegeben angenommen. Es genüge nicht, daß das Einkommen lediglich das Durchschnittseinkommen überschreite, das sich nach § 5 DVO ergebe, sondern der Beschädigte müsse auch eine besondere Stellung erreicht haben. § 6 DVO bezwecke, einen nachgewiesenen besonderen Berufserfolg angemessen zu berücksichtigen. Es genüge nicht, daß das erzielte Einkommen mehr oder weniger vom Durchschnittseinkommen i.S. des § 5 DVO abweiche; vielmehr müsse der nachgewiesene Unterschied zwischen dem Durchschnittseinkommen und dem tatsächlich erzielten Einkommen aus der höher zu bewertenden beruflichen Stellung des Ehemannes ersichtlich sein. Ein normaler Berufserfolg habe die Einstufung nach den §§ 3 bis 5 DVO zur Folge. Das LSG habe nicht festgestellt, daß der Ehemann der Klägerin einen überdurchschnittlichen Berufserfolg, soweit er sich im erzielten Gewinn ausdrücke, erreicht habe; es habe das Einkommen anderer Lebensmittelhändler nicht ermittelt. Es hätte daher nicht zu dem Ergebnis gelangen dürfen, daß ein Sonderfall nach § 6 Abs. 2 DVO vorliege.

Die Revision des Beklagten beanstandet weiter, daß das LSG zu geringe Anforderungen an den Nachweis des Gewinns aus Gewerbe in den letzten drei Jahren gestellt habe. Gefordert werde ein sehr hoher Grad der Wahrscheinlichkeit, da-

- 5 -

mit das Gericht darauf seine volle Überzeugung zu stützen vermöge und kein begründeter Anlaß zu Zweifeln an der Richtigkeit des Einkommens verbleibe. Eine etwaige Beweisnot dürfe nicht dazu führen, sich mit einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad zu begnügen (so BSG 20, 257; 6, 70). Die festgestellten Umstände (Umsatz von 154 021 RM im Jahre 1939, die Eintragung in das Handelsregister im Jahre 1936, die Auskunft der Industrie- und Handelskammer über die allgemeine Geschäftslage des Lebensmitteleinzelhandels) hätten nicht den vollen Beweis dafür erbracht, daß der Umsatz in den Jahren 1937 und 1938 ebenfalls mindestens 150 000 RM im Jahre betragen habe. Dieser Beweis hätte nur bei Kenntnis konkreter Daten des Betriebs aus dem jeweiligen Jahr geführt werden können. Zudem habe das Gericht nur den Umsatz eines Jahres, nicht aber den Gewinn ermitteln können. Der Durchschnittssatz von 6,6 % aus dem Umsatz als Reingewinn erlaube keinen sicheren Schluß auf den Gewinn eines bestimmten Betriebes, weil jeder Betrieb eine individuelle Kostenstruktur habe. Ein nur möglicher Durchschnittsertrag aus dem Handelsunternehmen entspreche aber nicht dem Erfordernis des § 6 Abs. 2 DVO. Zugleich habe das LSG mit seiner Verfahrensweise in der Gewinnermittlung § 128 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) verletzt, weil es eine Beweismöglichkeit anstelle des Vollbeweises für ausreichend gehalten habe.

Schließlich beruhe die Feststellung, daß die vergleichbare Arbeitnehmertätigkeit des Ehemannes der Klägerin dem eines Amtmannes entspreche, auf einer Vermutung. Das LSG hätte die vergleichbaren Arbeitseinkommen eines Geschäftsführers aus den Jahren 1937 bis 1939 ermitteln müssen. Es habe im übrigen nicht verkannt, daß die Einstufung in eine Berufs- oder Wirtschaftsgruppe, wie sie schon der Beklagte vorgenommen habe, nicht in Bindung nach § 77 SGG (§ 24 des Verwaltungsverfahrensgesetzes) erwachsen könne, weil diese

- 6 -



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



nur den Verfügungssatz umfasse. Die Bezugnahme auf die Begründung im angefochtenen Bescheid rechtfertige daher nicht die höhere Einstufung nach § 6 Abs. 2 DVO.

Der Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des Berufungsurteils und des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen, hilfsweise, unter Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuweisen.

Der Beklagte beantragt ferner,

die Revision der Klägerin als unbegründet zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision des Beklagten zurückzuweisen, das angefochtene Urteil abzuändern und die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend. Insbesondere habe das Berufungsgericht weder Denkgesetze noch Erfahrungssätze verletzt und auch nicht gegen anerkannte Beweisregeln verstoßen.

Die Revisionen der Klägerin und des Beklagten sind durch Zulassung statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 164 Abs. 1, § 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG).

Streitig ist, nach welchem Durchschnittseinkommen des Ehemannes sich der Schadensausgleich der Klägerin nach § 40 a BVG errechnet und ob das LSG bei der Einkommensermittlung zu geringe Anforderungen an die Erbringung des Vollbeweises i.S. des § 6 DVO vom 30. Juli 1964 (BGBl I 574) gestellt hat.



Nach § 40 a Abs. 2, 1. Alternative, BVG idF des Zweiten Neuordnungsgesetzes vom 21. Januar 1964 (BGBl I 85) gilt beim Schadensausgleich der Witwe als Einkommen des Ehemannes das Durchschnittseinkommen der Berufs- oder Wirtschaftsgruppe, welcher der Verstorbene angehört hatte. In § 40 a Abs. 4 i.V.m. § 30 Abs. 7 BVG ist die Bundesregierung ermächtigt worden, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, welche Vergleichsgrundlage und in welcher Weise sie zur Ermittlung des Einkommensverlustes heranzuziehen sei. Nach § 5 der daraufhin ergangenen DVO vom 30. Juli 1964 ist das Durchschnittseinkommen bei selbständig Tätigen mit abgeschlossener Berufsausbildung das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 7 des BBesG. In besonderen Fällen ist das Durchschnittseinkommen nicht nach § 5, sondern nach § 6 der DVO zu ermitteln. Die letztgeannte Vorschrift, welche in ihrem Absatz 1 für Arbeitnehmer vorgesehen ist, gilt entsprechend für selbständig Tätige (§ 6 Abs. 2 Satz 1 DVO). Um § 6 DVO anzuwenden, um also das Durchschnittseinkommen in besonderen Fällen zu ermitteln, muß nachgewiesen sein, daß der Verstorbene in seinem vor Einziehung zum Wehrdienst ausgeübten Beruf eine Stellung erreicht hatte, welche durch die Wertung nach dem Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 7 (selbständig Tätige mit abgeschlossener Berufsausbildung) nicht ausreichende Berücksichtigung gefunden hat; ob das der Fall ist, ist aus dem nachgewiesenen Durchschnittsgewinn aus Gewerbe in den letzten drei Jahren vor Beginn des Wehrdienstes zu entnehmen (§ 6 Abs. 2 Satz 2 DVO). An dieser Rechtslage hat die seit 1. Januar 1967 in Kraft getretene Neufassung der DVO vom 26. Februar 1968 (BGBl I 194) einschlägig, insbesondere hinsichtlich der §§ 5 und 6 der DVO, nichts geändert.

Dem LSG ist zuzustimmen, daß die herausgehobene Stellung bei einem selbständigen Kaufmann nicht allein die soziale Geltung betrifft, sondern aus der mit der Stellung untrennbar verbundenen Einkommenshöhe zu ermitteln ist. Der Ehe-



- 8 -

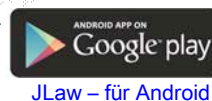
mann der Klägerin war gelernter Kaufmann und seit 1933 selbständiger Inhaber eines Einzelhandelsgeschäfts. Er ist nach den Feststellungen des LSG im Frühjahr 1940 zum Wehrdienst eingezogen worden. Für die Beurteilung des Durchschnittseinkommens ist also der in den Jahren 1937 bis 1939 erzielte Gewinn maßgebend. Das LSG hat für 1939 einen versteuerten Umsatz von 154 021 RM festgestellt. Es hat daraus aufgrund einer Auskunft der Industrie- und Handelskammer auf einen etwas geringeren Umsatz in den beiden vorhergehenden Jahren und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Gewinnanteils aus dem Umsatz auf ein monatliches Einkommen von 825 RM geschlossen. Der Beklagte bemängelt diese Gewinnermittlung aus zweiter Hand durch Schätzung; sie entspreche nicht dem nach § 6 DVO erforderlichen Beweis, stelle also eine Beweismwürdigung dar, welche dem Erfordernis des Nachweises, mithin der Erbringung des vollen Beweises über den tatsächlichen durchschnittlichen Gewinn, nicht gerecht werde. Der Beklagte hat insoweit sowohl sachlich-rechtliche als auch verfahrensrechtliche Bedenken erhoben. Der Senat brauchte aber die materiell-rechtlichen Rügen nicht zu prüfen, da schon die geltend gemachten Verfahrensmängel vorliegen.

Das LSG mußte von seinem Standpunkt aus nicht die Frage entscheiden, ob die Verwaltung an die von ihr im Bescheid vom 22. Dezember 1964 vertretene Auffassung gebunden war, daß nämlich das Durchschnittseinkommen nach § 6 Abs. 2 DVO zu ermitteln sei, weil ein besonderer Fall vorliege; denn es hatte von sich aus § 6 Abs. 2 der DVO angewandt. Dabei hatte es - wie oben dargelegt - der Einkommensermittlung den Umsatz des Geschäfts aus dem Jahre 1939 (rd. 150 000 RM) zugrunde gelegt und war auf diese Weise zu einem monatlichen Einkommen von 825 RM gekommen. Dieses dem angefochtenen Urteil zugrunde gelegene Berechnungsverfahren, das aus dem Umsatz von rd. 150 000 RM eine

- 9 -



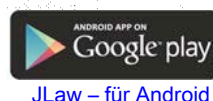
JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Reingewinnquote von 6,6 % und damit 9 900 RM im Jahre (825 RM im Monat) errechnete, ist im Grunde nicht zu beanstanden, weil es der herkömmlichen Verfahrensweise von Industrie- und Handelskammern wie auch der Finanzämter entspricht. Zum Nachweis genügt jedes überzeugende Beweismittel (BSG 20, 255). Nachgewiesen ist mithin eine Tatsache, wenn sie unter Anwendung der prozeßordnungsgemäß zugelassenen Beweis- und Erkenntnismittel (als typisches Geschehen) festgestellt wird. Insoweit ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß der Gewinn eines Kaufmannes - auch eines Vollkaufmannes - nicht bloß durch Urkunden (Einkommensteuerbescheid) und Handelsbücher, sondern auch durch andere Beweismittel nachgewiesen werden kann (BMA im RdSchr. vom 22. März 1966 - BVBl 1966 S. 30 Nr. 21; SozR DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG § 6 Nr. 5). Das LSG konnte sich daher wegen des Gewinns 1937/1939 von der Auskunft des Finanzamts Essen-Süd vom 31. Dezember 1965 und der Industrie- und Handelskammer vom 23. Juni 1966 überzeugen lassen. Dabei ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht - gestützt auf diese Unterlagen - auch Rückschlüsse auf die Jahre 1937 und 1938 gezogen hat. Insoweit sind Verstöße gegen Erfahrungssätze des täglichen Lebens oder gegen Denkgesetze nicht erkennbar. Damit war dem Erfordernis des Vollbeweises grundsätzlich genügt, weil die Höhe des Einkommens des Verstorbenen in den letzten drei Jahren vor seiner Einberufung zum Wehrdienst aus dem bekannten Jahresumsatz 1939 (154 021 RM) mit hinreichender Sicherheit ermittelt worden war. Das LSG hat aber nicht geprüft, welcher Anteil des Gewinns auf etwaiges Eigenkapital entfällt und ob es die Verzinsung des Fremdkapitals abgezogen hat. Es ist weiter nicht ersichtlich, ob das LSG eine etwaige Mitarbeit der Ehefrau, der Klägerin, untersucht hat. Der Geldwert einer solchen Mitarbeit muß aber vom Gewinn abgezogen werden, weil der Gewinn nur in dem Umfang in Betracht gezogen werden darf, als er auf die Tätigkeit des Ehemannes



zurückzuführen ist (§ 6 Abs. 2 Satz 2, letzter Halbsatz der DVO). Insoweit ist auch die Sachaufklärung (§ 103 SGG) des LSG unvollständig. Es bleibt daher noch zu prüfen, ob der ermittelte Brutto-Reingewinn um die Zinsen aus dem eingebrachten Kapital (Kaufpreis des Geschäfts und der Ware) und um den Arbeitslohn der etwa mitarbeitenden Ehefrau zu mindern ist, um den in § 6 Abs. 2 DVO geforderten Wert der eigenen Arbeitsleistung des Ehemannes zu erhalten. Alle diese noch aufzuklärenden Umstände können geeignet sein, den vom LSG errechneten und der eigenen Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin zugeschriebenen monatlichen Gewinn von 825 RM herabzusetzen. Gleichwohl ist es möglich, daß das Einkommen des Gefallenen vor 1939 noch wesentlich höher gewesen ist als das Endgrundgehalt eines Beamten der Besoldungsgruppe A 7 (selbständig Tätige mit abgeschlossener Berufsausbildung). Sollte - nach den vorzunehmenden Ermittlungen - der Reingewinn aus der Eigen-tätigkeit des Ehemannes so hoch liegen, daß er durch das Durchschnittseinkommen in der pauschalen Höhe des § 5 DVO nicht ausreichend berücksichtigt wird, so wäre nach § 6 DVO als Durchschnittseinkommen das Arbeitsentgelt eines Arbeitnehmers, hier eines gehobenen Angestellten, in vergleichbarer Stellung in der Zeit vor dem 2. Weltkrieg heranzuziehen. Hierzu hätte das LSG noch ermitteln müssen, wie hoch das nach § 6 Abs. 2 Satz 3 DVO heran-zuziehende Arbeitsentgelt eines kaufmännischen Angestell-ten in vergleichbarer Stellung in den Jahren 1937, 1938, 1939 gewesen ist (vgl. Urteil des BSG vom 19. Februar 1969 - 10 RV 249/67). Ist eine Tarifordnung für den Ein-zelhandel aus dieser Zeit nicht greifbar, so können aus den Statistischen Jahrbüchern des damaligen Deutschen Reichs die Monatsverdienste im Reichsdurchschnitt für die kaufmännischen Angestellten mit Berufsausbildung für be-sonders verantwortliche und selbständige Tätigkeiten (im Alter von 30 bis 45 Jahren) gesehen werden. Die Nach-



- 11 -

prüfung der Beweiswürdigung des LSG bei der Ermittlung des Durchschnittseinkommens in den letzten drei Jahren vor 1940 schließt nicht die Möglichkeit aus, daß das Einkommen eine Einstufung des Ehemannes nach dem Endgrundgehalt einer Besoldungsgruppe zuläßt, die günstiger ist als A 11, wie sie das LSG zugesprochen hat. Sie kann aber auch, was erst die dem Revisionsgericht verwehrt wurde, Beweiserhebung über das Tarifgehalt eines gehobenen Angestellten (mit drei unterstellten Dienstkräften) ergeben wird, niedriger sein als A 11. Der von der Klägerin und vom Beklagten gerügte Mangel in der Beweiswürdigung (§ 128 SGG) greift mithin durch. Auf die übrigen Rügen der Beteiligten kommt es bei dieser Sachlage nicht mehr an.

Damit erweist sich die Revision der Klägerin, welche die Einstufung nach der Besoldungsgruppe A 13 des BBesG wie im ersten Rechtszug anstrebt, und die Revision des Beklagten, welcher die Einstufung in eine niedrigere Besoldungsgruppe als A 11 anstrebt, insoweit als begründet, als die angefochtene Entscheidung aufzuheben war.

Mangels ausreichender, unangefochten gebliebener tatsächlicher Feststellungen zum Einkommen des Ehemannes der Klägerin und zum Durchschnittsvergleichsarbeitseingelt eines kaufmännischen Angestellten in vergleichbarer Stellung ist der Senat gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden. Die Sache war daher an das LSG zurückzuverweisen.

- 12 -



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



Die Kostenentscheidung bleibt der den Rechtsstreit
abschließenden Entscheidung vorbehalten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)