

Bundessozialgericht

Az.: 8 RV 775/71

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

Zugestellt am
13. Juni 1972

.....
Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....
Beklagter und Revisionsbeklagter.

Der 8. Senat des Bundessozialgerichts hat am
9. Mai 1972 ohne mündliche Verhandlung durch

Senatspräsident	Dr. M a i s c h
	- Vorsitzender -,
Bundesrichter	P e t e r s e n ,
Bundesrichter	Dr. S c h m i t t ,
Bundessozialrichter	Dr. M a r t e n s und
Bundessozialrichter	H ö n l e

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
Bayerischen Landessozialgerichts vom 5. November
1971 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens
sind nicht zu erstatten.



- 2 -

G r ü n d e :

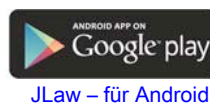
I

Die Klägerin bezieht nach ihrem als Soldat gestorbenen Ehemann Witwenversorgung auf Grund des Bundesversorgungsgesetzes (BVG). Sie erhielt früher außerdem die erhöhte Ausgleichsrente gemäß § 41 Abs. 3 BVG idF des Ersten Neuordnungsgesetzes (1. NOG), nachdem sie dem Versorgungsamt Unterlagen über den beruflichen Werdegang ihres Ehemannes als Musiker vorgelegt hatte; bei der Berechnung der erhöhten Ausgleichsrente ging das Versorgungsamt davon aus, daß für den verstorbenen Ehemann das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 14 des Bundesbesoldungsgesetzes (BBesG) maßgebend sei. Bei der späteren Feststellung des Schadensausgleichs nach dem 2. NOG wurden die Schulbildung (zunächst Volksschule) sowie der berufliche Werdegang nochmals geprüft und sodann durch den Bescheid vom 28. Juli 1965 das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 7 bei Annahme einer voraussichtlich selbständigen Tätigkeit als akademisch gebildeter Musiklehrer zugrunde gelegt. Auf den Widerspruch erteilte das Versorgungsamt auf Weisung des Landesversorgungsamts den Abhilfebescheid vom 28. März 1966, in dessen Gründen es ausführte, der Ehemann der Klägerin hätte ohne die Schädigung nach seinen Lebensverhältnissen, seinen beruflichen Kenntnissen und Fähigkeiten wahrscheinlich als technischer Angestellter der Leistungsgruppe II angehört. Der erneute Widerspruch blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 7. Juni 1967). Es wurde u.a. ausgeführt, die Klägerin könne daraus keine Rechte herleiten, daß bei der Feststellung der erhöhten Ausgleichsrente nach § 41 Abs. 3 BVG in der Fassung des 1. NOG die Besoldungsgruppe A 14 zugrunde gelegt worden sei, denn der Schadensausgleich nach § 40 a BVG in der Fassung des 2. NOG sei eine hiervon völlig unabhängige neue

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Leistung. Der Ehemann sei in den letzten Jahren vor seiner Einberufung überwiegend in abhängigen Stellungen tätig gewesen, es habe sich kein Hinweis dafür ergeben, daß er bereits eine Stellung erreicht habe, welche das Durchschnittseinkommen nach der Besoldungsgruppe A 14 rechtfertigen könnte. Die Voraussetzungen für eine höhere Einstufung über § 6 der Verordnung zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG lägen nicht vor.

Mit der Klage hat die Klägerin sich zunächst dagegen gewandt, daß ihr Ehemann in abhängiger Stellung gestanden haben solle, er sei vielmehr freier Mitarbeiter gewesen. Ohne die Schädigung hätte er sich eine angesehene Stellung im Münchener und damit auch im deutschen Musikleben erringen können. Durch Urteil vom 14. Januar 1970 hat das Sozialgericht (SG) den Beklagten unter Abänderung der Verwaltungsbescheide verurteilt, der Berechnung des Schadensausgleichs das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 14 einschließlich des Ortszuschlages nach Stufe 2 Ortsklasse A BBesG zugrunde zu legen. Der Anspruch auf Schadensausgleich nach dem 2. NOG habe unabhängig von der Berechnung der erhöhten Ausgleichsrente nach § 41 Abs. 3 BVG in der Fassung des 1. NOG festgestellt werden dürfen. Die Eingruppierung in die Leistungsgruppe II als technischer Angestellter werde den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten nicht gerecht, vielmehr sei der Ehemann der Klägerin in die Besoldungsgruppe A 14 des BBesG einzustufen. Aus den Unterlagen, Zeugnissen, Bestätigungen und den Angaben der Klägerin gehe hervor, daß der Ehemann ein vielseitig begabter Musiker gewesen sei, dessen Leistungen weit über dem Durchschnitt gelegen hätten, so daß die Tätigkeit, die er im Falle seiner Heimkehr ausgeübt hätte, mit einer Eingruppierung in die Leistungsgruppe II nicht ausreichend bewertet worden sei. Im September 1937 habe er ein überdurch-

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
[\(mobile App\)](#)



- 4 -

- 4 -

schnittliches Können am Klavier dargetan und habe sich schon früh als Dirigent, Pianist und Komponist einen geachteten Namen erworben. Es unterliege keinem Zweifel, daß er später eine hervorragende Stellung im Musikberuf eingenommen haben würde. Zur Überzeugung der Kammer habe der Ehemann der Klägerin mit seinem Können weit über dem Durchschnitt gelegen und hätte im Falle seiner Heimkehr sicher auch eine über der Leistungsgruppe II liegende Stellung erlangt. Er hätte sein Berufsziel, die Leitung eines Orchesters zu übernehmen neben anderen Tätigkeiten, wie Komponieren, Unterrichtserteilung und Betätigung als Konzertpianist erreicht. Sein innerhalb relativ kurzer Zeit erfolgter beruflicher Aufstieg bis zu seiner Einberufung mache es auch wahrscheinlich, daß er eine leitende Stellung mit Aufsichts- und Dispositionsbefugnis, nämlich die eines Dirigenten, erlangt hätte. Die Einstufung in die Leistungsgruppe II als technischer Angestellter sei bei dem überdurchschnittlichen Können und Wissen des Ehemannes der Klägerin auch deshalb nicht angemessen, weil Orchestermusiker als technische Angestellte in Leistungsgruppe III, Mitglieder von Kulturorchestern, 30 bis 45 Jahre, in Leistungsgruppe II eingestuft würden.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt und u.a. ausgeführt, es sei nicht wahrscheinlich, daß der Ehemann der Klägerin Orchesterleiter geworden wäre; selbst wenn er ein kleineres Ensemble zusammengestellt und geleitet hätte, wäre die Bewertung nach Leistungsgruppe II der technischen Angestellten ausreichend und genügend. Nach Beweisaufnahme durch Einholung von Auskünften des Direktors des Richard-Strauß-Konservatoriums, des Bayer. Staatsministeriums für Unterricht und Kultus, des Münchener Musikseminars, der Lindauer Musikschule sowie des Deutschen Musikerverbandes, Verwaltungsstelle München, hat das Landessozialgericht (LSG)

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

- 5 -



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

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

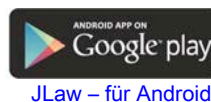
- 5 -

durch Urteil vom 5. November 1971 das Urteil des SG aufgehoben und die Klage gegen den Abhilfebescheid des Versorgungsamts vom 28. März 1966 abgewiesen. Es hat die Revision zugelassen. Der Ehemann der Klägerin habe vor der Einberufung zur Wehrmacht der Berufsgruppe der selbständigen Musiker angehört, er habe nur Volksschulbildung, keine Mittelschulbildung gehabt, der Klavierunterricht bei Prof. Kellner sei keine gleichwertige Schulbildung im Sinne des § 5 Abs. 1 der Durchführungsverordnung (DVO) zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG gewesen. Eine Anwendung des § 6 der DVO sei nicht möglich, zumal der Gewinn aus der selbständigen Tätigkeit als Musiklehrer in den drei Jahren vor der Einberufung nicht nachgewiesen sei. Angemessen sei demnach allein die Eingruppierung in die Besoldungsgruppe A 7 des BBesG. Im Falle der Heimkehr aus dem Kriege hätte der Ehemann der Klägerin wahrscheinlich ebenfalls der Berufsgruppe der Musiker angehört; entgegen der Auffassung des Beklagten und des SG wäre er nicht "unselbständig in der privaten Wirtschaft" tätig geworden, sondern ebenso wie vor der Einberufung freiberuflich, also selbständig tätig gewesen. Ob er es tatsächlich zum Dirigenten eines größeren Orchesters gebracht hätte, müsse trotz seiner nachgewiesenen musikalischen Fähigkeiten offenbleiben; auch als Dirigent eines von ihm selbst aufgebauten Orchesters wäre er selbständig, nicht im Angestelltenverhältnis, tätig geworden. Ohne abgeschlossenes Studium an der Akademie der Tonkunst sei zwar nicht auszuschließen, daß er Leiter eines staatlichen oder städtischen Orchesters geworden wäre, aber es sei nicht wahrscheinlich. Im Ergebnis sei eine Tätigkeit als Angestellter in der privaten Wirtschaft nicht nachgewiesen und auch nicht wahrscheinlich, daß er im Erlebensfall ein solcher Angestellter geworden wäre. Daher könne bei der Berechnung des Schadensausgleichs eine über die anerkannte Einstufung in die Angestelltenleistungsgruppe II hinausge-

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

hende Einstufung nicht auf § 3 Abs. 3 der DVO vom 30. Juli 1964 bzw. § 3 Abs. 4 der DVO vom 28. Februar 1968 gestützt werden. Es könne dahingestellt bleiben, ob die begrenzten Berufsmöglichkeiten als Angestellter zu einer höheren Einstufung führen könnten. Bei der vom Ehemann der Klägerin im Erlebensfall wahrscheinlich ausgeübten selbständigen Tätigkeit sei eine Einstufung in die Besoldungsgruppe A 14 nicht möglich, denn es fehle eine dem § 3 Abs. 3 bzw. Abs. 4 DVO vergleichbare Bestimmung; eine entsprechende Anwendung dieser ausdrücklich auf Angestellte beschränkten Ausnahmenvorschrift lasse die DVO rechtlich nicht zu. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob der Ehemann der Klägerin nach Schaffensdrang und nachgewiesener Begabung wahrscheinlich ein Einkommen erzielt hätte, das durch die angewendete Angestelltenleistungsgruppe II nicht ausreichend bewertet sei. Die Rechtsfrage, ob das Fehlen einer dem § 3 Abs. 3 DVO vom 30. Juli 1964 bzw. § 3 Abs. 4 der DVO vom 28. Februar 1968 entsprechenden Vorschrift bei Selbständigen eine von den Gerichten auszufüllende Lücke im Schadensausgleichsrecht darstelle, habe ebenso grundsätzliche Bedeutung wie die weitere Frage, ob das Gericht bei Prüfung der Anwendbarkeit der genannten Vorschrift an die Einordnung in die Gruppe der unselbständig in der privaten Wirtschaft Tätigen durch die Versorgungsbehörde gebunden sei.

Die Klägerin hat Revision eingelegt und beantragt,

das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 5. November 1971 aufzuheben und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 14. Januar 1970 zurückzuweisen;

- 7 -



- 7 -

hilfsweise,

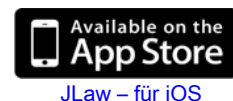
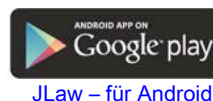
das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 5. November 1971 aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückzuverweisen.

Sie rügt mit näherer Begründung eine Verletzung des § 3 Abs. 3 bzw. Abs. 4 der DVO, hält eine Eingruppierung in die Besoldungsgruppe A 14 für geboten und erbittet eine Nachprüfung dahin, ob eine entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 3 bzw. 4 DVO bei selbständig Tätigen möglich sei. Das LSG sei an die Eingruppierung des Ehemannes der Klägerin in die Gruppe der unselbständig in der privaten Wirtschaft Tätigen gebunden gewesen. Die Klägerin habe sich lediglich gegen die Einstufung ihres Ehemannes in die Leistungsgruppe II gewendet, dessen Einordnung in die unselbständig in der privaten Wirtschaft Tätigen sei bindend geworden und sei im Berufungsverfahren nicht mehr streitig gewesen. Das habe das LSG verkannt und habe, entgegen dem Willen der Beteiligten, einen anderen Streitgegenstand in das Verfahren eingeführt. Nach dem Akteninhalt sei der Ehemann der Klägerin ein vielseitig begabter Musiker gewesen, dessen Leistungen weit über dem Durchschnitt gelegen hätten, so daß die Tätigkeit, die er im Falle seiner Heimkehr ausgeübt hätte, mit einer Eingruppierung in die Leistungsgruppe II nicht ausreichend bewertet worden sei. Bei sachgerechter Würdigung könne davon ausgegangen werden, daß der Ehemann der Klägerin wahrscheinlich eine leitende Stellung mit Aufsichts- und Dispositionsbefugnis (Leiter einer behördlichen Musikschule) erreicht hätte, die seine Einstufung in die Besoldungsgruppe A 14 des BBesG gerechtfertigt hätte. Das LSG habe infolge seiner fehlerhaften Rechtsauffassung eine eigene Prüfung der Frage unter-

- 8 -



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



- 8 -

lassen, ob die Unterlagen für eine zutreffende Beurteilung der vom Ehemann der Klägerin im Erlebensfalle mit Wahrscheinlichkeit erreichten Berufsstellung ausreichten, so daß, wenn der erkennende Senat nicht entscheiden könne, eine Zurückverweisung notwendig sei. Außerdem sei zwar eine Anwendung der Besoldungsgruppe A 14 bei einer selbständigen Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin nicht vorgesehen, hierin sei aber eine Lücke im Gesetz zu erblicken.

Der Beklagte beantragt,

die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts als unbegründet zurückzuweisen.

Er hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Die bindende Wirkung des Verwaltungsbescheides beziehe sich nicht auch auf die lediglich den Verfügungssatz begründende Eingruppierung des Ehemannes der Klägerin in die Leistungsgruppe II, sondern nur auf die Feststellung des Schadensausgleichs in bestimmter Höhe. Sei schon das Nachschieben von neuen Gründen möglich, so seien die Gerichte an die Begründung in den Verwaltungsbescheiden nicht gebunden, sondern hätten sich aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens ihre Auffassung zur Rechtslage zu bilden. Sie würden lediglich durch das Verbot der reformatio in peius beschränkt. Selbst wenn man als bindend ansehe, daß der Ehemann der Klägerin im Erlebensfall unselbstständig tätig gewesen wäre, könnte auf Grund des Gesamtergebnisses des Verfahrens, also unter Berücksichtigung des von der Klägerin geschilderten Lebenslaufs bei der Berechnung des Schadensausgleichs eine über die anerkannte Einstufung in die Angestelltenleistungsgruppe II hinausgehende Einstufung nicht auf § 3 Abs. 3 bzw. 4 der DVO gestützt werden, denn die

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

- 9 -



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

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

Klägerin könne nicht wahrscheinlich machen, daß ihr Ehemann im Erlebensfall nach seinen Lebensverhältnissen, seinen Kenntnissen und seinen Fähigkeiten in seinem Beruf als Musiker eine leitende Stellung mit Aufsichts- und Dispositionsbefugnis erreicht hätte. Eine derartige Stellung käme höchstens angestellten Dirigenten und Leitern sowie ihnen gleichgestellten Personen von über die Grenzen Deutschlands hinaus bekannten besonders qualifizierten Orchestern und Chören zu. Die von der Klägerin angenommene Lücke im Gesetz bestehe nicht, zumal § 5 DVO für gewisse Selbständige die Besoldungsgruppe A 14 bereits vorsehe.

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

II

Die Klägerin hat die durch Zulassung statthafte Revision form- und fristgerecht eingelegt und begründet. Ihr zulässiges Rechtsmittel konnte jedoch keinen Erfolg haben.

Die grundlegende Feststellung des LSG, der Ehemann der Klägerin, (Sch.) wäre bei glücklicher Heimkehr aus dem Kriege wahrscheinlich wieder selbständiger Musiker geworden, ist in der Revisionsinstanz nicht substantiiert angegriffen worden. Die Klägerin hat sich im wesentlichen nur darauf beschränkt, die Rechtsmeinung zu vertreten, das LSG sei insoweit durch die Verwaltungsbescheide gebunden gewesen. Diese Ansicht trifft jedoch schon deshalb nicht zu, weil der Abhilfebescheid vom 28. März 1966 Gegenstand des Klage- und Berufungsverfahrens gewesen und sonach noch gar nicht für die Beteiligten in der Sache bindend geworden ist, wie es § 77 SGG voraussetzt. Deshalb bedarf es hier auch nicht



- 10 -

der Auseinandersetzung mit der vom Beklagten (zur Rechtsverteidigung) angeführten Rechtsprechung in BSG 10, 167, 170 und 9, 17, die anders gelagerte Sachverhalte betraf. In der Entscheidung BSG 10, 167, 168 war geltend gemacht worden, die Feststellung des Todes als Schädigungsfolge im Bescheid über das Bestattungsgeld binde den Beklagten auch für das Witwenrentenverfahren; in BSG 9, 17 ging es um die Zulässigkeit der Berufung, wobei zu prüfen war, welche Bedeutung den Entscheidungsgründen bei einem rechtskräftigen sozialgerichtlichen Urteil zukommt. Auch das ebenfalls vom Beklagten zitierte Urteil des erkennenden Senats vom 8. Dezember 1970 (8 RV 389/69) betraf einen anderen Fall. Dort war zu prüfen, welche Wirkung ein bindend gewordener vorläufiger Bescheid für die spätere endgültige Feststellung des Berufsschadensausgleichs hat. Von einer - teilweisen (relativen) - bindenden Wirkung des Bescheides vom 28. März 1966 hätte man allenfalls dann sprechen können, wenn die Klägerin die Feststellung in diesem Bescheid, Sch. hätte wahrscheinlich der Leistungsgruppe II der technischen Angestellten angehört, wäre also unselbständig tätig geworden, mit der Klage nicht angegriffen hätte. Denn dann könnte immerhin erwogen werden, welche Bedeutung der Bestimmung des § 24 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VerwVG) im Rahmen der hier strittigen Rechtsfrage zukommt, daß nämlich die Bindung der Verwaltungsbehörden mit der Bekanntgabe (der Zustellung oder dem Zugang) des Bescheides eintritt. Die Klägerin hat aber im Klageschriftsatz vom 30. August 1967 die Annahme einer früheren Tätigkeit des Sch. in abhängiger Stellung als "geradezu absurd" bezeichnet und betont, daß er freier Mitarbeiter gewesen sei. Auch wurde vorgetragen, er hätte "nach dem Krieg Operetten und Filme schreiben" wollen. Der Bescheid hätte nach ihrer Meinung deshalb nicht die Begründung enthalten dürfen,

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](#)

daß Sch. "in abhängiger Stellung" tätig gewesen sei. Da sonach die Feststellung im angefochtenen Bescheid, daß Sch. wahrscheinlich als technischer Angestellter, d.h. in abhängiger Stellung tätig geworden wäre, im Klageverfahren angegriffen worden ist, konnte insoweit jedenfalls keine Bindung eintreten. Die Klägerin hat überdies auch noch im Berufungsverfahren vorgetragen (Schreiben vom 13. November 1970), daß Sch. Tonfilme und Operetten habe schreiben und nach dem Krieg "auf Konzertreisen" habe gehen wollen; man könne die z.T. im Druck erschienenen Kompositionen doch nicht "einfach vom Tisch fegen". Demgemäß ist auch die jetzige Feststellung des LSG, Sch. wäre selbständiger Musiker geworden, von der Revision in tatsächlicher Hinsicht nicht angegriffen worden. Da auch das SG-Urteil nicht rechtskräftig geworden, vielmehr vom LSG aufgehoben worden ist, hatte das LSG diese Frage, ohne insoweit durch eine Bindung oder Rechtskraft gehindert zu sein, nach der im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit herrschenden Offizialmaxime zu prüfen und zu entscheiden. Dabei hatte es nach § 157 SGG den Streitfall im gleichen Umfang wie das SG zu prüfen und auch neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen. Diese Grundsätze finden im Berufungsverfahren eine Schranke lediglich in dem Verbot der reformatio in peius. Diese Schranke hat das Berufungsgericht beachtet. Es ist zu Recht davon ausgegangen, daß der Schadensausgleich nach § 5 der DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG in der Fassung vom 30. Juli 1964 (BGBl I, 574) und vom 28. Februar 1968 (BGBl I, 194) nach dem Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 7 des BBesG festzustellen gewesen wäre. Denn Sch. wäre hiernach zwar selbständig Tätiger geworden, aber nur mit Volksschulbildung und mit abgeschlossener Berufsausbildung als Musiker. Eine abgeschlossene Mittel- oder Hochschulbildung hingegen hatte er nach den Feststellungen des LSG nicht.



Das LSG hat auch geprüft, wie der Anspruch der Klägerin bei der rechtlichen Beurteilung im Abhilfebescheid der Versorgungsverwaltung zu beurteilen ist; es hat insoweit keinen Anhalt gefunden, über die Beurteilung in diesem Bescheid hinauszugehen. Das LSG hat dahingestellt sein lassen, ob Sch. wahrscheinlich eine Tätigkeit entfaltet hätte, welche mit einer Eingruppierung in die Leistungsgruppe II nicht ausreichend bewertet worden wäre, weil beim Schadensausgleich der Gesichtspunkt einer individuellen Entschädigung zugunsten eines generalisierten und pauschalierten Schadensausgleichs zurücktreten müsse und eine entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 3 bzw. 4 DVO auf den vorliegenden Fall nicht in Betracht komme. Dies ist nicht zu beanstanden.

Insbesondere entfiel, da die Besoldungsgruppe A 14 des BBesG nach der Vorschrift des § 5 DVO nicht zum Zuge kam, die Möglichkeit, bei Annahme einer selbständigen Tätigkeit im Wege des Analogieschlusses, also wegen einer angeblichen Lücke im Gesetz, zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Denn eine solche Lücke liegt schon deshalb nicht vor, weil die Besoldungsgruppe A 14 des BBesG in § 5 Abs. 1 DVO bereits genannt und ausdrücklich nur für selbständig Tätige mit abgeschlossener Hochschulbildung für anwendbar erklärt worden ist. Da für Selbständige mit geringerer Schulbildung bewußt jeweils niedrigere Besoldungsgruppen vorgesehen worden sind, besteht kein Anhalt für die Annahme, daß der Verordnungsgeber etwa übersehen hätte, daß die für § 5 DVO vorgesehenen Besoldungsgruppen im Einzelfall dem wirtschaftlichen Ergebnis der wahrscheinlichen selbständigen Tätigkeit nicht voll gerecht werden können. Ob diese Regelung etwa unbillig oder ungerecht ist, hatte der Senat nicht zu prüfen. Denn es ist nicht Aufgabe des Ge-

richts, die vom Gesetz- oder Verordnungsgeber gewollte Lösung daraufhin zu überprüfen, ob sie vom Standpunkt eines Beteiligten aus die zweckmäßigste oder gerechteste denkbare Lösung darstellt (vgl. Bundesverfassungsgericht Bd. 4 Seite 18 ff und Bd. 2 Seite 266, 280). Im übrigen ist auch nicht anzunehmen, daß der Verordnungsgeber die Fälle des § 5 DVO nicht mit denen des § 3 DVO verglichen und abgestimmt habe; denn in § 5 Abs. 2 bzw. Abs. 3 ist ausdrücklich bestimmt, daß (nur) Abs. 5 (1964) bzw. Abs. 6 (1968) des § 3 DVO "entsprechend" gilt. Darüber hinaus kommt eine sinnvolle Anwendung des § 3 Abs. 3 bzw. 4 DVO wegen Innehabens einer "leitenden Stellung mit Aufsichts- und Dispositionsbefugnis" auf die Fälle des § 5 DVO grundsätzlich schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Voraussetzungen bei jedem selbständig Tätigen gegeben sind, der in seinem Betrieb Arbeitnehmer beschäftigt. Wie sich aus der in § 5 DVO enthaltenen Regelung ergibt, sollen solche Umstände, wie die Größe des Betriebes (Einmann- oder größerer Betrieb, Ausmaß der Einwirkung auf den Betriebsablauf) gerade nicht maßgebend für die Eingruppierung sein. Vielmehr sollte allein auf die Schul- und Berufsausbildung abgestellt werden. Ob die in § 5 DVO getroffene Regelung auch auf der Erkenntnis beruht, daß Inhaber eines eigenen Betriebes erfahrungsgemäß in einem höheren Maße den Wechselfällen des Lebens ausgesetzt sind (schlechter Geschäftsgang, Konkurrenz, Konkurs) als dies bei den in abhängiger Stellung tätigen, vorwiegend sozialversicherten oder beamteten Erwerbspersonen der Fall ist, und ob deshalb sich der Verordnungsgeber hier mit der getroffenen schematischen Regelung begnügte, die nicht - wie bei § 3 Abs. 3 bzw. 4 DVO - auf den besonderen Berufserfolg des einzelnen Berechtigten abstellt, mag dahinstehen. Jedenfalls ist die Regelung des § 5 DVO aus den genannten Gründen so eindeutig und gegenüber § 3 DVO unterschieden und abgegrenzt, daß eine entsprechende Anwendung des § 3 DVO ausscheidet.



- 14 -

Nach den Feststellungen des LSG wäre sonach Sch. in eine selbständige Stellung mit einer Berechnung nach der Besoldungsgruppe A 7 des BBesG einzustufen. Das LSG hat zwar nicht ausdrücklich festgestellt, daß das Durchschnittseinkommen der Leistungsgruppe II höher ist als das Endgehalt der Besoldungsgruppe A 7. Doch ist dies unter den Beteiligten offensichtlich unstrittig, zumal auch andernfalls kein "Abhilfebescheid" ergangen wäre. Zudem ergibt sich bei einem Vergleich des Bescheides vom 28. Juli 1965 mit dem Abhilfebescheid vom 28. März 1966, daß das Einkommen nach der Leistungsgruppe II erheblich höher ist, nämlich 1.340,- DM gegenüber 934,- DM nach Besoldungsgruppe A 7 (ab 1.10.1964); für die Zeit ab 1.1.1964 lauten die entsprechenden Einkommensbeträge 1.215,- DM gegenüber nur 863,- DM in der Gruppe A 7.

Demgemäß hat das LSG den angefochtenen Bescheid mit Rücksicht auf das Verbot der Reformatio in peius hinsichtlich der Einstufung in die höhere Leistungsgruppe II zutreffend unverändert gelassen.

Nach alledem war die angefochtene Entscheidung nicht zu beanstanden und demgemäß die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen LSG vom 5. November 1971 als unbegründet zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf § 193 Abs. 1 SGG.

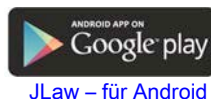
Da die Voraussetzungen der §§ 165, 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 SGG erfüllt waren, konnte der Senat ohne mündliche Ver-

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

- 15 -



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

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

handlung durch Urteil entscheiden.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)