

Bundessozialgericht

Az.: 9 RV 200/71

Zugestellt am

13. Nov. 1972

Amts-
inspektor als
Urk.Beamter d.
Gesch. Stelle

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

.....,
Klägerin, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

.....,
Beklagte, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin.

Der 9. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 10. Oktober 1972 durch die Vorsitzende Richterin Dr. S c h w a r z , die Richter Dr. B a r e s e l und Dr. W u l f h o r s t und die ehrenamtlichen Richter Dr. J a n i und D ö r i n g

für Recht erkannt:

Das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 27. Januar 1971 wird aufgehoben.

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

- 2 -

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



- 2 -

G r ü n d e :

I

Der Rechtsstreit betrifft die Berechnung des für die Feststellung des Schadensausgleichs nach § 40 a Abs. 2 des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) maßgebenden Einkommens des Ehemannes der Klägerin.

Die Klägerin bezieht Witwenrente nach ihrem seit Januar 1945 vermißten, für tot erklärten Ehemann Johann Spitz (S.), der 1909 geboren war, nach Volksschulbesuch eine Lehre als Verkäufer im Eisenwarenhandel durchgemacht und sich 1937 mit einem Haushalt- und Eisenwarengeschäft in Hamburg selbständig gemacht hatte. Zum Wehrdienst war S. in der Zeit von Juni 1940 bis Februar 1941 und dann ab Januar 1942 einberufen.

Mit Bescheid vom 19. Januar 1966 wurde der Klägerin für die Zeit ab 1. Januar 1964 Schadensausgleich gemäß § 40 a BVG in der Fassung des 2. NOG bewilligt, wobei gemäß § 40 a Abs. 4 i.V.m. § 30 Abs. 7 BVG sowie § 5 DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG als Durchschnittseinkommen für S. das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 7 zugrunde gelegt wurde; auf derselben Grundlage ergingen auch die Bescheide vom 24. August 1966 (für die Zeit ab 1. 10. 1966) und 12. Mai 1967 (für die Zeit ab 1. 1. 1967). Den Antrag der Klägerin vom 14./16. August 1967, den Schadensausgleich unter Anwendung von § 6 DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG höher festzusetzen, lehnte das Versorgungsamt mit Bescheid vom 17. August 1967 ab: Das nach § 5 DVO zugrunde gelegte Durchschnittseinkommen entspreche den Monatsentgelten von 900,- bis 1.000,- DM, die gegenwärtig nach einer Auskunft der Handelskammer Arbeitnehmern in den Positionen eines

- 3 -



- 3 -

Geschäftsführers, Prokuristen oder Abteilungsleiters gezahlt würden; eine Einstufung des S. nach § 6 DVO würde zu keinem anderen Ergebnis führen. Mit ihrem Widerspruch bezog sich die Klägerin auf eine Auskunft des Finanzamts, wonach die Eheleute S. als Einkünfte aus Gewerbebetrieb für 1939 13.523,- RM, für 1940 14.101,- RM und für 1941 22.134,- RM versteuert hatten; ferner machte sie geltend, die langjährige Tätigkeit des S. als selbständiger Kaufmann sei einer abgelegten Meisterprüfung gleichzusetzen. Der Widerspruch wurde durch Bescheid vom 14. März 1968 zurückgewiesen.

Die Klägerin hat mit ihrer hiergegen erhobenen Klage beantragt, ihr Schadensausgleich nach Maßgabe des § 6 Abs. 2 DVO, hilfsweise unter Zugrundelegung von Besoldungsgruppe A 9 zu gewähren. Das Sozialgericht (SG) Hamburg hat eine Auskunft des Einzelhandelsverbandes für Eisenwaren, Porzellan, Beleuchtung, Elektro- und Hausgeräte eingeholt, wonach eine Befragung von Fachkaufleuten der älteren Generation ergab, daß 1939 bis 1941 der Monatsverdienst eines Geschäftsführers oder Filialleiters in einem Haushalt- und Eisenwarengeschäft sich auf 250,- bis 350,- RM belaufen haben könnte. Das SG hat daraufhin mit Urteil vom 24. Juni 1969 die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Landessozialgericht (LSG) Hamburg mit Urteil vom 27. Januar 1971 unter Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidung sowie der Bescheide vom 17. August 1967 und 14. März 1968, ferner in Änderung des Bescheids vom 19. Januar 1966 und der nach dem 14. März 1968 ergangenen Bescheide die Beklagte verurteilt, der Klägerin einen neuen Bescheid über Gewährung des Schadensausgleichs ab 1. Januar 1964 zu erteilen: In dem nicht angefochtenen Bescheid vom 19. Januar 1966 sei zwar die Einstufung des S. nach Besoldungsgruppe A 7 nicht als Teil des bindend gewordenen Verfügungssatzes



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

- 4 -

anzusehen; trotzdem könne die Überprüfung nur im Rahmen eines Zugunstenverfahrens erfolgen, weil die Klägerin die Leistung eines höheren Zahlungsbetrags an Schadensausgleich begehre. Die Beklagte habe jedoch bei der Ablehnung des Zugunstenantrags durch den Bescheid vom 17. August 1967 ermessensfehlerhaft (§ 54 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes -SGG-) gehandelt.

Als Einzelhandelskaufmann mit abgeschlossener Berufsausbildung könne S. nicht einem Handwerker mit abgelegter Meisterprüfung im Sinne des § 5 Abs. 1 DVO gleichgestellt werden (SozR Nr. 2 zu § 5 DVO 1968 zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG). Die hiernach an sich richtig erfolgte Einstufung des S. in die Besoldungsgruppe A 7 erscheine aber wegen des für 1939 bis 1941 nachgewiesenen Berufserfolges nicht ausreichend. Die Einkünfte jener Jahre habe S. nach Auskunft des Finanzamtes mit einem Monatsdurchschnitt von rund 1.386,- RM versteuert; daß die Steuerbescheide an beide Ehegatten gerichtet waren, sei allgemein so üblich gewesen, die Klägerin habe auch glaubhaft versichert, daß sie selbst im Geschäft nicht mitgearbeitet habe. Das Monatseinkommen von 1.386,- RM sei wegen der Altersversorgung um 200,- RM zu kürzen (BSG 31, 161). Dieses Einkommen, das einen überdurchschnittlichen Berufserfolg des S. erweise, habe dieser nur durch seinen persönlichen Einsatz, sein kaufmännisches Geschick und seine organisatorischen Fähigkeiten erzielt; es sei somit allein auf seine eigene Tätigkeit, nicht hingegen auf Kapitaleinsatz, Konjunkturlage oder Einsatz fremder Arbeitskräfte zurückzuführen.

Für die nach § 6 Abs. 2 Satz 3 DVO erforderliche vergleichsweise Heranziehung eines Arbeitnehmerentgelts biete die vom SG eingeholte Auskunft des Einzelhandelsfachverbandes keine geeignete Grundlage; die darin genannten Monatsbeträge von 250,- bis 350,- RM, die sich nur auf rund ein Viertel der

- 5 -



- 5 -

von S. erzielten Monatseinkünfte von 1.186,- RM beliefen, würden - auf die Gegenwart übertragen - noch nicht einmal die jetzige Besoldungsgruppe A 7 erreichen. Ein solches Ergebnis wäre mit dem Sinn des § 6 Abs. 2 Satz 3 DVO unvereinbar, wonach in erster Linie Kapitalerträge und Konjunkturgewinne ausgeschaltet werden sollten (BSG 31, 167). Einen Arbeitnehmer in einer mit der besonderen beruflichen Tätigkeit des S. in den Jahren 1939 bis 1941 vergleichbaren Stellung zu finden, sei allerdings kaum möglich. Da weitere Ermittlungen insoweit keinen Erfolg versprechen, sei die von S. 1939 bis 1941 verrichtete Tätigkeit mit den in den Leistungsgruppen der Anlage 1 zu § 22 des Fremdrentengesetzes (FRG) und § 4 der Versicherungsunterlagenverordnung (VUVO) bezeichneten abhängigen Arbeiten zu vergleichen; hierbei komme für einen jungen selbständigen, überaus tüchtigen und erfolgreichen Eisenwareneinzelhändler wenigstens die Leistungsgruppe II der kaufmännischen Angestellten im Wirtschaftsbereich Einzelhandel in Betracht. Ausgehend von diesen Tabellenwerten wäre hier der Schadensausgleich der Klägerin ab 1. Januar 1964 nach der Besoldungsgruppe A 9 und ab 1. Oktober 1966 nach der Besoldungsgruppe A 10 zu berechnen. Obwohl die allgemeinen Leistungsgruppendefinitionen mit den Berufskatalogen im Rahmen des (Berufs-) Schadensausgleichs nur für die pauschale Eingruppierung nach § 3 DVO maßgebend seien, erscheine hier ihre Heranziehung als Orientierungshilfe bei § 6 Abs. 2 Satz 3 DVO zur Erzielung eines gerechten Ergebnisses doch erforderlich.

Das LSG hat die Revision zugelassen. Beide Beteiligte haben dieses Rechtsmittel form- und fristgerecht eingelegt und begründet.

Die Klägerin beantragt,
unter Änderung des angefochtenen Urteils
die Beklagte zur Erteilung eines neuen
Bescheides über Schadensausgleich unter

- 6 -



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 6 -

Zugrundelegung eines Vergleichseinkommens
nach Besoldungsgruppe A 11 ab 1. Januar
1964 zu verurteilen.

Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt: Das LSG habe zutreffend die Einordnung des S. nach § 5 Abs. 1 DVO als unzureichend erachtet. Eine unzureichende Bewertung ergebe sich aber auch noch aus der vom LSG vorgenommenen vergleichweisen Heranziehung der Leistungsgruppe II. Hierbei habe das LSG übersehen, daß nach § 6 Abs. 2 DVO die nachgewiesenen Einkünfte mit den 1939/1941 geltenden Beamtenbezügen zu vergleichen seien. Insoweit sei die jetzige Besoldungsgruppe A 9, der 1939/1941 die Gruppen A 4 c 2 oder A 4 c 1 entsprochen hätten, zweifellos unrichtig. Das LSG hätte den ausschließlich auf Arbeitseinsatz des S. beruhenden durchschnittlichen Gewinn aus 1939/1941 der angemessenen Besoldungsgruppe gegenüberstellen müssen; hieraus ergebe sich die - von der Klägerin schon im Berufungsverfahren begehrte - Zugrundelegung der Besoldungsgruppe A 11.

Die Beklagte beantragt,

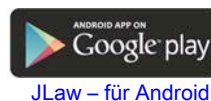
unter Aufhebung des angefochtenen Urteils
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen,
hilfsweise,
die Sache an das LSG zurückzuverweisen:

In seinem Bestreben, den individuellen Berufserfolg des S. zu berücksichtigen, habe das LSG verkannt, daß auch § 6 DVO nur eine, wenn auch verfeinerte Pauschalregelung enthalte. Zu Unrecht habe das LSG die in § 6 Abs. 2 Satz 3 DVO vorgesehene Heranziehung des Entgelts eines Arbeitnehmers in vergleichbarer Stellung übergangen und statt dessen allein das versteuerte Einkommen als Indiz für den Wert der eigenen Arbeitsleistung angesehen. Bei dem versteuerten Einkommen habe es sich aber um die gemeinsamen Einkünfte beider Ehe-

- 7 -



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



- 7 -

leute gehandelt. Aus dem Steuerbescheid lasse sich niemals erkennen, ob und wieviel der Einkünfte auf Kapitaleinsatz oder Konjunktur beruhten; insoweit sei hier besonders zu beachten, daß S. sich nach den Angaben der Klägerin um Belieferung von Neubauten mit Öfen bemüht habe, was wegen des damals erhöhten Bedarfs an Öfen für militärische und Behelfsbauten hauptsächlich der kriegsbedingten Wirtschaftslage zuzurechnen sei; desgleichen sei zu berücksichtigen das Bestreben der Bevölkerung, das Geld in nicht bewirtschaftete Sachwerte wie Glas- und sonstige Haushaltswaren anzulegen. Das LSG habe den Sachverhalt nicht hinreichend erforscht; es hätte gerade in der Branche des S. durch Sachverständigengutachten die wirtschaftlichen Gegebenheiten der Jahre 1939 bis 1941 klären müssen; die schlichte Feststellung, S. sei ein fleißiger strebsamer Geschäftsinhaber gewesen, genüge nicht für den Nachweis, daß sein Einkommen allein durch seine Arbeitskraft entstanden sei. Schließlich habe das LSG im Rahmen der Zugunstenentscheidung sein eigenes Ermessen an die Stelle des Verwaltungsermessens gesetzt und damit gegen § 54 Abs. 2 Satz 2 SGG verstoßen; das LSG habe nicht beachtet, daß es hierbei auch auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer Zugunstenregelung angekommen sei.

Hiernach sei das zutreffende Urteil des SG wieder herzustellen.

Beide Beteiligte beantragen im übrigen jeweils, die Revision des Gegners zurückzuweisen. Sie sind mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden (§ 124 Abs. 2 SGG).

II

Die zulässigen Revisionen führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

- 8 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 8 -

Beim Schadensausgleich, den die Klägerin als Kriegerwitwe beansprucht, kommt es nach § 40 a Abs. 2 BVG auf den Vergleich des von der Klägerin erzielten Bruttoeinkommens mit dem Einkommen des Ehemanns S. an. Als Einkommen des Ehemannes gilt - nach der hier allein in Betracht kommenden ersten Alternative des § 40 a Abs. 2 Satz 2 BVG - das Durchschnittseinkommen der Berufs- oder Wirtschaftsgruppe, der S. angehört hat. Nach den §§ 40 a Abs. 4, 30 Abs. 7 (8) BVG ist dieses Durchschnittseinkommen aufgrund der DVO (vom 30. 7. 1964 bzw. 28. 2. 1968) zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG zu ermitteln. Für S. als selbständigen Einzelhändler kommt hierbei gemäß § 11 DVO die Bestimmung des § 5 DVO in Betracht, in der das Durchschnittseinkommen aus selbständiger Tätigkeit nach Merkmalen aufgegliedert wird, die an die Schulbildung und die Berufsausbildung des Beschädigten (bzw. Ehemanns) anknüpfen. Da bei S. insoweit die Merkmale "Volksschulbildung" und "abgeschlossene Berufsausbildung" vorlagen, hat die Beklagte in zutreffender Anwendung des § 5 Abs. 1 DVO als Durchschnittseinkommen das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 7 des Bundesbesoldungsgesetzes festgestellt; die von der Klägerin ursprünglich angestrebte "Einstufung" in die Besoldungsgruppe A 9, welche das zusätzliche Merkmal "abgelegte Meisterprüfung" erfordern würde, ist von den Vorinstanzen mit Recht abgelehnt worden, da dieses für Handwerker geltende Zuordnungsmerkmal grundsätzlich beim Beruf des Einzelhändlers, in dem es keine Meisterprüfung gibt, nicht durch eine anderweitige Berufsqualifikation ersetzt werden kann (vgl. SozR Nr. 2 zu § 5 DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG).

Für "besondere Fälle", in denen die vom Beschädigten (Ehemann) erreichte Berufsstellung in unselbständiger Tätigkeit oder im öffentlichen Dienst durch die Vorschriften der §§ 3 oder 4 DVO nicht ausreichend berücksichtigt wird, ist

- 9 -



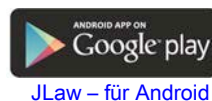
- 9 -

in § 6 Abs. 1 DVO eine günstigere Regelung getroffen worden, wonach als Durchschnittseinkommen das Endgrundgehalt einer dieser Stellung "angemessenen" Besoldungsgruppe der Besoldungsordnung A zugrunde zu legen ist. Diese Ausnahmeregelung gilt nach § 6 Abs. 2 Satz 1 DVO 1964 für selbständig Tätige (§ 5 DVO) entsprechend, "wenn" (DVO 1968) "die wirtschaftliche Bedeutung der selbständigen Tätigkeit durch § 5 nicht ausreichend berücksichtigt wird"; daß zur Beurteilung dieser Voraussetzung in den Gründen des angefochtenen Urteils keine verwertbaren Feststellungen enthalten sind, wird noch darzulegen sein. - Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 DVO ist beim Selbständigen der nachgewiesenen durchschnittliche Gewinn in den letzten 3 Jahren vor Beginn des militärischen Dienstes zugrunde zu legen, jedoch nur insoweit, als er auf eigene Tätigkeit zurückzuführen ist; bei der Ermittlung des hiernach angestrebten "Wertes der eigenen Arbeitsleistung" des S. ist zum Vergleich das Arbeitsentgelt heranzuziehen, das während der in Betracht kommenden Zeit - hier in den Jahren 1939 bis 1941 - einem Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung zu zahlen gewesen wäre. Das Ergebnis dieses Vergleichs ist den seinerzeit geltenden Beamtendienstbezügen gegenüberzustellen, aus denen sodann die (gegenwärtig) "angemessene Besoldungsgruppe" (vgl. BSG Breithaupt 1969, 242) nach § 6 Abs. 1 Satz 1 DVO hergeleitet wird. - Das LSG ist nicht so vorgegangen, sondern hat als "Orientierungshilfe" auf Leistungsgruppen und Entgelttabellen zurückgegriffen, von deren Heranziehung in § 6 DVO nicht die Rede ist. Dies ist, wie beide Beteiligten - freilich mit unterschiedlicher Begründung - gerügt haben, nicht Rechtens. Der Gedankengang des LSG bewegt sich außerhalb des in § 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 DVO vorgezeichneten Weges; es wird nämlich nicht der nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 ermittelte Wert der eigenen Arbeitsleistung des S. den 1939/1941 gültig gewesenen Dienstbezügen von Reichsbeamten

- 10 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 10 -

gegenübergestellt und aus dem Ergebnis dieser Gegenüberstellung die (gegenwärtig) angemessene Besoldungsgruppe für Bundesbeamte abgelesen; vielmehr hat das LSG den Ehemann der Klägerin aufgrund von dessen - im angefochtenen Urteil nur recht allgemein gekennzeichneten - beruflichen Qualifikation in die Leistungsgruppe 2 (Teil B der Anlage 1 zum FRG) "eingeordnet", ist sodann von diesem Schema übergegangen auf die in den Entgeltstatistiken gebräuchliche Leistungsgruppe II für kaufmännische Angestellte im Wirtschaftsbereich Einzelhandel (vgl. BMA Rundschreiben vom 25. 10. 1960, BVBl 1960, 151, 152; BVBl 1960, 164) und hat schließlich über die für 1964 (BVBl 1964, 155) und 1966 (BVBl 1966, 124) bei dieser Leistungsgruppe statistisch nachgewiesenen Durchschnittsverdienste einen "Anschluß" an die Besoldungsgruppe A 9 bzw. A 10 hergestellt. Damit ist aber ein Berechnungsfaktor eingeführt worden, welcher unvereinbar ist mit dem Prinzip des § 6 DVO, daß eine dem Berufserfolg entsprechende Höherstufung allein aus der Relation zwischen früheren und gegenwärtigen Beamtendienstbezügen, nicht dagegen aus statistischen Erhebungen über die Höhe und die Entwicklung von Angestelltengehältern abgeleitet werden darf.

Auf diesen rechtlich nicht gangbaren Weg ist das LSG durch seine Erwägung geraten, es sei kaum möglich, einen Arbeitnehmer in einer mit der besonderen beruflichen Tätigkeit des S. 1939/1941 vergleichbaren Stellung zu finden, dessen Arbeitsentgelt nach § 6 Abs. 2 und 3 DVO der Ermittlung der angemessenen Besoldungsgruppe zugrunde zu legen wäre. Dieser Erwägung ist jedoch nicht ohne weiteres beizupflichten. Zwar mag der Versuch des SG, insoweit brauchbare Werte durch eine Befragung des Einzelhandelsfachverbandes zu gewinnen, zu einem nicht sehr befriedigenden Ergebnis geführt haben. Wenn aber das LSG deshalb Bedenken hatte, in der Auskunft des Einzelhandelsfachverbandes vom 18. Juni 1969 eine aus-

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

- 11 -



- 11 -

reichende Beurteilungsgrundlage zu erblicken, so war es hierdurch nicht seiner Verpflichtung enthoben, von sich aus unter Einschaltung sachkundiger Stellen oder Personen (vgl. etwa die in ZfS 1969, 361 ff. angeführten Institute, Verbände und Autoren) weitere Ermittlungen vorzunehmen, welche nach Lage dieses Falles keineswegs als von vornherein aussichtslos zu erachten wären.

Die Revision der Beklagten ist ferner insoweit begründet, als sie sich dagegen wendet, daß das LSG das sich aus den Steuerbescheiden von 1939 bis 1941 ergebende monatliche Durchschnittseinkommen vom 1.186,- RM - nach dem gebotenen Abzug im Hinblick auf die Altersversorgung (BSG 31. 161, 167) - ohne weiteres auf die eigene Tätigkeit des S. zurückgeführt hat. Hierbei hat das LSG nicht beachtet, daß bei der Ermittlung des Wertes der eigenen Arbeitsleistung solche wirtschaftlichen Faktoren, die konjunkturbedingt, daher ihrer Natur nach unbeständig sind und somit außerhalb der normalen Schwankungsbreite jedes Betriebes liegen, nach Möglichkeit eliminiert werden müssen (vgl. SozR Nr. 9 und 10 zu § 6 DVO 1964 zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG). Wie die Beklagte mit Recht darlegt, wäre bei der Branche, in der S. sein Einzelhandelsgeschäft betrieben hat, eine Prüfung geboten gewesen, inwieweit etwa Einflüsse der durch den Krieg bedingten besonderen Konjunkturlage - Verknappung vieler Bedarfsgüter, Flucht in noch lieferbare Sachwerte, Errichtung von Behelfsunterkünften u. dergl. - sich auf die damals versteuerten Geschäftseinnahmen des S. ausgewirkt haben könnten. Das LSG hat zwar ausgeführt, der in den 1939 bis 1941 versteuerten Einkünften zu Tage tretende wirtschaftliche Erfolg des S. habe allein auf dessen persönlichem Einsatz und kaufmännischem Geschick beruht, eine Konjunkturlage habe hierbei keine Rolle gespielt; den Gründen des angefochtenen Ur-

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

- 12 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 12 -

teils ist jedoch nicht zu entnehmen, inwieweit diese Ausführungen auf eine Würdigung festgestellter Tatsachen gestützt sein könnten.

Soweit indessen die Beklagte geltend macht, die 1939 bis 1941 versteuerten Einkünfte seien das gemeinsame Einkommen der Eheleute S. gewesen, wird nicht substantiiert dargetan, inwiefern die eingehend begründete Annahme des LSG, die Erwähnung beider Eheleute in der Auskunft des Finanzamts vom 15. Dezember 1965 sei unerheblich, auf Verfahrensverstößen beruhen könnte; daß die Klägerin zwar nicht mit Arbeitsleistungen, jedoch kapitalmäßig am Unternehmen ihres Ehemannes beteiligt gewesen sein könnte, ist von der Beklagten bisher nicht behauptet worden. Der Senat kann auch nicht der von der Beklagten vertretenen Auffassung folgen, es hätte einer Prüfung bedurft, inwieweit die Arbeitskraft der im Einzelhandelsgeschäft tätigen Hilfskräfte das Einkommen des S. erhöht hatte. Diese Auffassung würde zu der in Fällen der vorliegenden Art, in denen der Geschäftsgewinn durch Steuerbescheide nachgewiesen ist, unvermeidbaren Konsequenz führen, daß der Lohnaufwand nach der Absetzung als Betriebsausgabe noch ein zweites Mal als gewinnmindernder Posten eingesetzt würde (vgl. Wulfhorst, KOV 1969, 129, 131).

Wegen der dargelegten Rechtsverstöße muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Mangels ausreichender Feststellungen ist gemäß § 170 Abs. 2 Satz 2 SGG eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LSG geboten.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das LSG beachten müssen, daß es für die Anwendung des § 6 Abs. 2 DVO auch auf Feststellungen ankommt, aus denen sich hinreichend deutlich ergibt, daß die wirtschaftliche Bedeutung der von S. in den Jahren 1939 bis 1941 ausgeübten selbständigen Tätigkeit durch die Vorschrift des § 5 DVO nicht angemessen berücksichtigt wird. In dieser Beziehung sind die vom LSG bisher getroffenen Feststellungen unvollständig. Im

- 13 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 13 -

angefochtenen Urteil wird nämlich allein der (bereinigte) Monatsverdienst des S. von 1.186,- RM angeführt, jedoch fehlt es an Erwägungen darüber, an welchem "Durchschnittsmaßstab" der damaligen Zeitverhältnisse dieser Betrag zu messen sein sollte, damit ein überdurchschnittlicher Berufserfolg des S. erkennbar werden kann. Diese Frage ist in der Rechtsprechung mehrfach erörtert worden, wobei sich allerdings der Eindruck aufdrängt, daß nicht immer die wünschenswerte Koordinierung der Meinungen erreicht wurde.

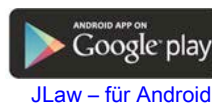
Einerseits hat der 8. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) den tiefgreifenden Unterschied hervorgehoben, der zwischen den in Abs. 1 und Abs. 2 des § 6 DVO jeweils erfaßten Gruppen bestehe, und aus dieser nicht einheitlichen Struktur des § 6 gefolgert, bei den Selbständigen müßten wirtschaftliche Gesichtspunkte in ganz anderem Umfange als bei der Handhabung des Abs. 1 maßgebend sein, der erzielte Berufserfolg sei dem durch die Merkmale des Ausbildungsgangs (§ 5 DVO) vermuteten gegenüberzustellen (vgl. SozR Nr. 5 zu § 6 DVO 1964 zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG); ähnliche Betrachtungen hat der 9. Senat in seinem Urteil vom 5. Mai 1970 (BSG 31, 161, 164, 165) angestellt, das freilich im Ergebnis nicht hierauf beruht hat. Aus dieser Betrachtungsweise wäre - bezogen auf den hier gegebenen Fall - zu folgern, daß der Wert der eigenen Arbeitsleistung des S. (abgestimmt mit dem Entgelt eines vergleichbaren Arbeitnehmers) zu der Besoldungsgruppe in Beziehung zu setzen wäre, die 1939 bis 1941 für Reichsbeamte mit Volksschulbildung und abgeschlossener Berufsausbildung galt. - Andererseits haben der 10. Senat des BSG (BVB1 1970, 92) und ihm folgend der 8. Senat (Urteil vom 27. Mai 1971 - 8 RV 103/70 - veröffentlicht in "Die Praxis" 1971, 508)

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

- 14 -



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



- 14 -

ausgeführt, die entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 1 DVO könne nur bedeuten, daß auch bei Selbständigen ein überdurchschnittlicher, aus dem Durchschnitt der betreffenden Berufsgruppe hervorgehobener individueller Berufserfolg vorgelegen haben müsse, um die Anwendung des Abs. 2 zu rechtfertigen. Dies - i.V.m. der ausdrücklichen Bezugnahme auf eine einschlägige, zu § 6 Abs. 1 DVO ergangene Entscheidung (BSG 27, 179, 182, 183) - erlaubt nur den Schluß, daß bei dieser Betrachtungsweise nicht eine allgemeine Heraushebung z.B. der Berufsgruppe der Einzelhändler aus dem in § 5 Abs. 1 DVO festgelegten Einkommensniveau berücksichtigt werden dürfte, sondern daß zu prüfen wäre, ob S. hinsichtlich seiner Einkünfte sich aus dem Durchschnitt seiner Berufskollegen (Einzelhändler) individuell herausgehoben hat. - Der erkennende Senat sieht keinen Anlaß, zu diesen offenbar noch nicht hinreichend gefestigten Auslegungsvarianten hier abschließend Stellung zu nehmen. Er kann dieserhalb auch nicht den Großen Senat anrufen, weil noch in mehrfacher Hinsicht ausreichende Tatsachenfeststellungen zu treffen sind und sich - je nach dem Ergebnis dieser Feststellungen - erweisen könnte, daß es auf eine Stellungnahme zu den divergierenden Rechtsauffassungen nicht ankommt.

Verfahrensrechtlich wird das LSG schließlich zu beachten haben, daß die in der Zeit vor der Antragstellung (16. August 1967) ergangenen Bescheide nicht unmittelbar im Berufungsurteil geändert werden dürfen. Vielmehr könnte die Beklagte im Hinblick auf den ihr insoweit zustehenden Ermessensspielraum (vgl. BSG 19, 12; 26, 146, 150 bis 154)

- 15 -



- 15 -

nur verpflichtet werden, ohne Bindung an den Inhalt jener Verwaltungsakte einen neuen Bescheid zu erteilen.

Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens bleibt dem abschließenden Urteil überlassen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)