

Bundessozialgericht
Az.: 9 RV 544/73

I m N a m e n d e s V o l k e s
U r t e i l

Verkündet
am 27. August 1974

Amtsinspektor
Schriftführer

in dem Rechtsstreit

.....
Klägerin und Revisionsklägerin,
Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....
Beklagter und Revisionsbeklagter.

Der 9. Senat des Bundessozialgerichts hat auf
die mündliche Verhandlung vom 27. August 1974
durch die Richter Dr. B a r e s e l ,
Dr. R e n n e r und Dr. W u l f h o r s t
und die ehrenamtlichen Richter B r o s t und
S z a b l e w s k i
für Recht erkannt:

Das Urteil des Landessozialgerichts für das
Land Nordrhein-Westfalen vom 22. August 1973
wird aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und
Entscheidung an das Landessozialgericht zurück-
verwiesen.



- 2 -

G r ü n d e :

I

Die Klägerin ist die Witwe des im August 1952 im Alter von 59 Jahren verstorbenen Kaufmanns und Viehhändlers (Handelsmann) Josef V. (V.). V. hatte eine dreijährige Lehre als Metzger und Viehhändler - davon ein Jahr bei seinem Vater - durchgemacht und war sodann bis zu seiner Einberufung im November 1914 und nach der Entlassung mit mehreren krankheitsbedingten Unterbrechungen bis zum Tode im Beruf eines selbständigen Viehhändlers mit mittlerem Geschäftsumfang tätig gewesen, in dem er 1949 einen Gewinn von DM 6.040,--, 1950 von 12.140,-- und 1951 von DM 9.720,-- erzielt hatte.

Er hatte ursprünglich (ab August 1919) Rente nach einer Minderung der Erwerbstätigkeit (MdE) von 60 v.H. und seit 1923/24 die Rente eines Erwerbsunfähigen sowie einfache Ausgleichszulage bezogen. Die Klägerin bezieht seit September 1952 Witwenrente und auf ihren Antrag vom November 1964 seit Oktober 1964 Schadensausgleich unter Zugrundelegung der Besoldungsgruppe A 7 des Bundesbesoldungsgesetzes (BBesG) - Bescheid vom 3. Mai 1966 -. Ihr Widerspruch gegen diesen Bescheid, mit dem sie höheren Schadensausgleich begehrte, blieb ohne Erfolg. Auch Klage und Berufung, mit denen sie Schadensausgleich unter Zugrundelegung der Besoldungsgruppe A 11 des BBesG bzw. der Leistungsgruppe 2 der kaufmännischen Angestellten Wirtschaftsbereich Großhandel beantragte, wurden ab- bzw. zurückgewiesen (Urteile vom 11. Dezember 1968 und 22. August 1973). Über die während des Klage und Berufungsverfahrens ergangenen Bescheide (§ 96 Sozialgerichtsgesetz -SGG-) wurde mit entschieden. Das Landessozialgericht (LSG) führte aus: Die Berechnung des Schadensausgleichs nach der Besoldungsgruppe A 7 BBesG entspreche der Sach- und Rechtslage, weil V. seit 1910 selbständiger Kaufmann

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

- 3 -



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

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

- 3 -

gewesen sei und auch ohne die Schädigung geblieben wäre. Da V. weder die Meisterprüfung abgelegt noch über eine Mittelschulbildung oder gleichwertige Schulbildung verfügt habe, komme nur die Einstufung in die Besoldungsgruppe A 7 BBesG in Betracht, weil die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 6 der Durchführungsverordnung (DVO) nicht gegeben seien, ungeachtet dessen, ob man auf den Beginn des Militärdienstes oder den Zeitpunkt der Schädigung und Erkrankung oder des Todes abstelle. Für § 6 DVO genüge es nicht, daß der Gewinn des V. den aufgrund der Ausbildung vermutlichen Gewinn überstiegen habe, notwendig sei vielmehr, daß er aus dem Kreis seiner Berufskollegen herausgeragt habe. § 6 Abs. 2 DVO entschädige nicht den zufälligen Umstand, ob ein Selbständiger den Verdienst vor der Schädigung nachweise könne, sondern die wirtschaftliche Bedeutung seiner Tätigkeit, die nicht gleichbedeutend mit dem erzielten Gewinn sei oder feststellbar sein müsse. Zwar habe V. in der Zeit vor dem Tode einen beachtlichen Gewinn erzielt, sein Unternehmen habe indes der Größe und Bedeutung nach nur einen guten Mittelbetrieb entsprochen, wobei es nicht darauf ankomme, ob der Gewinn und die wirtschaftliche Bedeutung ohne Schädigung größer gewesen wäre, weil allein auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen sei. Die Anwendung des § 6 Abs. 2 DVO scheitere für die Zeit vor der Schädigung daran, daß sich der Durchschnittsgewinn des V. nicht feststellen lasse. Den diesbezüglichen Angaben der Zeugin K (200,-- bis 300,-- Goldmark) fehle es an der notwendigen Zuverlässigkeit bzw. sie seien irrtümlich, weil sie mit den Erklärungen des V. nicht übereinstimmten.

Mit der zugelassenen Revision rügt die Klägerin einen Verstoß gegen die §§ 103, 128 SGG und materiell-rechtlich die Verletzung des § 40 a des Bundesversorgungsgesetzes (BVG), § 6 DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG. Sie macht

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



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

geltend, mit dem Urteil des 9. Senats vom 5. Mai 1970 (BSG 31, 161, 165) sei in den Fällen des § 6 Abs. 2 nur die Höhe des im Vergleich zu den Durchschnittseinkommen des § 5 erzielten Gewinns als Kennzeichen für die Ermittlung der angemessenen Besoldungsgruppe anzusehen. Die Verfahrensrügen wenden sich gegen die Feststellung des LSG, für die Zeit vor der Einberufung des V. scheitere die Anwendung des § 6 Abs. 2 DVO daran, daß sich ein Durchschnittseinkommen nicht feststellen lasse, weshalb die Anhörung des erkrankten Zeugen Vöcking nicht mehr erforderlich gewesen sei. Mit dieser Begründung sei das LSG seiner Sachaufklärungspflicht nicht enthoben gewesen, es habe vielmehr gerade im Hinblick auf die nur vermeintlich widersprüchliche Erklärung der Zeugin K. weiter ermitteln müssen, nachdem es einen beachtlichen Gewinn als Selbständiger vor der Schädigung angenommen habe.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, des Sozialgerichtsurteils vom 11. Dezember 1968 sowie unter Abänderung des Bescheides vom 3. Mai 1966 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Oktober 1966 und der Bescheide vom 4. Mai 1966, 5. Mai 1966, 10. Januar 1967, 6. Juli 1967, 23. April 1968, 11. März 1969 und 25. Juli 1969 den Beklagten zu verurteilen, ihr Schadensausgleich ab 1. Januar 1964 unter Zugrundelegung des Endgrundgehalts der Besoldungsgruppe A 11 zuzüglich des Ortszuschlags nach Stufe 2, Ortsklasse A des BBesG zu gewähren,

hilfsweise

- 5 -



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



- 5 -

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landes-sozialgericht zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Er führt aus, Mängel im Verfahren des LSG seien nicht substantiiert dargetan. Da V. nach der sachlich-rechtlichen Auffassung des LSG aus dem Kreis seiner Berufskollegen nicht herausgeragt habe (mittlerer Umfang des Unternehmens), sei eine weitere Ermittlung nicht erforderlich gewesen. Die Klägerin verkenne auch, daß sich die Feststellung des LSG, V. habe "einen beachtlichen durchschnittlichen Gewinn erzielt", nur auf die Zeit vor seinem Tode beziehe, nicht aber auf die Zeit vor 1914.

II

Die durch Zulassung statthafte (§ 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG), form- und fristgerecht eingelegte Revision der Klägerin ist insoweit erfolgreich, als der Rechtsstreit unter Aufhebung des Berufungsurteils an die Tatsacheninstanzen zurückzuverweisen ist.

Streitig ist nur noch, ob der Klägerin in Anwendung des § 6 Abs. 2 DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG ein höherer Schadensausgleich als der auf der Grundlage des § 5 DVO errechnete zusteht. Das LSG hat zunächst bei Prüfung der Frage, von welchem Einkommen des V. für die Berechnung der Höhe des Schadensausgleichs der Klägerin auszugehen ist, zutreffend angenommen, dieser habe im Zeitpunkt der Schädigung der Wirtschaftsgruppe der Selbständigen angehört,

- 6 -



weshalb die Berechnung seines Durchschnittseinkommens grundsätzlich aus § 5 DVO zu erfolgen habe. In gleicher Weise ist es auch zu Recht davon ausgegangen, V. habe weder die Meisterprüfung abgelegt noch über eine Mittelschulbildung oder eine gleichwertige Schulausbildung verfügt, so daß grundsätzlich nur eine Berechnung des Schadensausgleichs auf der Grundlage der Besoldungsgruppe A 7 BBesG habe in Betracht kommen können (BSG SozR Nr. 2 zu § 5 DVO 1968).

Die Klägerin meint, für das Einkommen ihres Ehemannes (§ 40a Abs. 2 Satz 2 BVG) müsse das Endgrundgehalt eines Beamten der Besoldungsgruppe A 11 BBesG zugrunde gelegt werden, weil ein Anwendungsfall des § 6 Abs. 2 DVO 1964/68 (bzw. § 6 Abs. 3 DVO 1974) zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG vorliege. § 6 Abs. 1 verlangt für die Ermittlung des Vergleichseinkommens in besonderen Fällen, daß bei un- selbständig Tätigen eine vor Eintritt der Schädigung oder des besonderen beruflichen Betroffenseins (DVO 1961/64) bzw. vor Auswirkung der Folgen der Schädigung (DVO 1968/74) vom Beschädigten erreichte qualifizierte berufliche Stellung nachgewiesen sein muß; nach Abs. 2 (DVO 1964/68) bzw. Abs. 3 (DVO 1974) gilt für selbständig Tätige entsprechendes, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der im maßgebenden Zeitpunkt ausgeübten Tätigkeit durch die Pauschalregelung des § 5 DVO nicht ausreichend berücksichtigt wird. Der Wortlaut des § 6 Abs. 2 DVO 1964/68 iVm der entsprechenden Geltung des Abs. 1 führt - wie der erkennende Senat im Urteil vom 10. Oktober 1972 (KOV 1973 44, 46) dargelegt hat - zu einer gewissen Unsicherheit darüber, ob die wirtschaftliche Bedeutung der von einem Selbständigen ausgeübten Tätigkeit schlechthin an der Höhe des nachgewiesenen Gewinns oder aber daran zu messen ist, ob ein aus dem Durchschnitt der betreffenden Berufsgruppe hervorgehobener individueller Berufserfolg vor- gelegen hat. Wie schon in dem angeführten Urteil braucht der



- 7 -

hierzu Stellung zu nehmen, da es noch an ausreichenden Tatsachenfeststellungen fehlt.

Dies gilt freilich nicht, soweit hier die Zeit bis zum Eintritt der Schädigung bzw. bis zum Beginn des militärischen Dienstes in Betracht kommt. Für die Zeit bis 1914 hat das LSG festgestellt, ein durchschnittlicher Gewinn des V. lasse sich nicht feststellen. Die hiergegen gerichtete Sachaufklärungsrüge greift nicht durch. Das LSG hat von einer Vernehmung des Zeugen V. abschen dürfen, nachdem dieser mit Schreiben vom 30. Juli 1973 ausdrücklich mitgeteilt hatte, er könne - in Ergänzung seiner schriftlichen Erklärung vom 27. Mai 1971 - keine näheren Angaben über den Verdienst des Ehemannes der Klägerin machen; um die Anwendung eines falschen Erfahrungssatzes (vgl. BSG SozR Nr. 27 zu § 162) handelt es sich hier also nicht. Davon abgesehen hätte übrigens nach dem eigenen Vorbringen der Revision die Vernehmung des Zeugen V. eine Entscheidung zu Gunsten der Klägerin gar nicht ermöglicht. Wenn die Revision nämlich behauptet, durch eine Befragung dieses Zeugen hätte sich ergeben, daß der Ehemann der Klägerin in den Jahren vor 1914 monatlich 300 Goldmark verdient habe, so wäre hierdurch eine Anwendung des § 6 Abs. 2 DVO 1964/68 schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil ein solcher Geschäftsgewinn eines selbständigen Kaufmanns in damaliger Zeit nur etwa den Beamtengehältern der Besoldungsklassen 21 bis 25 entsprochen haben würde (vgl. Besoldungsgesetz vom 15.7.1909 RGBI 573 - nebst Besoldungsordnung I - RGBI 586 f), die im allgemeinen für Schreibgehilfen, Registratoren, Sekretäre, Assistenten und ähnliche einfachere Dienstgrade galten. Die Revisionsbehauptung, das LSG habe für die Zeit vor 1914 einen beachtlichen Gewinn des

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

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

Ehemannes der Klägerin festgestellt, beruht offenbar auf einem Mißverständnis, denn an der betreffenden Stelle (Seite 13 der Entscheidungsgründe) hat das LSG die Zeit vor dem Tode des V., also die Jahre 1949/51 gemeint.

Ob die Einkommensverhältnisse des V. in den Jahren 1949 bis 1951 bei der Entscheidung dieses Rechtsstreits zu berücksichtigen sind, erscheint für den zeitlichen Anwendungsbereich der DVO vom 13. Juli 1964 bedenklich, weil es nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 damaliger Fassung auf die Zeit "vor Eintritt des besonderen beruflichen Betroffenseins" ankam. Die Neufassung in den DVOen vom 28. Februar 1968 und 11. April 1974, wonach die Zeit "vor Auswirkung der Folgen der Schädigung" maßgebend ist, könnte die vom LSG vertretene Auffassung, jedenfalls für den Anwendungsbereich des § 40a BVG, rechtfertigen, denn unter einer Auswirkung der Folgen der Schädigung kann im weitesten Sinne auch der Tod des Beschädigten verstanden werden. Ob dies zutrifft, läßt der Senat offen. Denn nach den von der Klägerin bisher nicht angegriffenen Feststellungen des LSG wäre der Klageanspruch z. Zt. auch dann unbegründet, wenn die Einkommensverhältnisse der Jahre 1949 bis 1951 zugrunde gelegt werden. Dabei erscheint nicht allein bedeutsam, daß die nachgewiesenen Einkommensbeträge jener Jahre das Viehhandelsunternehmen des V. nur als einen "guten Mittelbetrieb" kennzeichnen, sondern auch, daß V. mit einem durchschnittlichen Monatseinkommen von 775,-- DM, von dem noch erhebliche - im einzelnen näher festzustellende - Aufwendungen für eine Altersversorgung abzusetzen wären (vgl. BSG 31, 161, 167), im Vergleich zu den damals geltenden Beamtengehältern das Niveau der mittleren Dienstlaufbahn wohl kaum wesentlich überschritten haben dürfte.

- 9 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 9 -

Als eine entscheidungserhebliche Zeit "vor Auswirkung der Folgen der Schädigung" kommt hier jedoch noch ein Stadium im Berufsleben des V. in Betracht, welches vom LSG bisher völlig unbeachtet gelassen wurde. Wegen einiger Verwundungen erhielt V. ab August 1919 zunächst nur Rente für eine MdE um 60 v.H.; erst der spätere Hinzutritt eines schädigungsbedingten Lungenleidens führte dazu, daß ihm die Rente eines Erwerbsunfähigen nebst Ausgleichszulage bewilligt wurde und daß er selbst mit der Beantragung eines Beamtenscheins vorübergehend zu erkennen gab, seinen bis dahin ausgeübten Beruf aufgeben zu wollen. Da insoweit eine Anwendung der zweiten Alternative des § 6 Abs. 1 Satz 1 DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG sich geradezu aufdrängt, sind nähere Feststellungen darüber erforderlich, ob V. zwischen der Entlassung aus dem Kriegsdienst und dem Eintritt der Erwerbsunfähigkeit infolge des Lungenleidens den Beruf des Viehhändlers drei Jahre oder wenigstens eine ausreichende kürzere Zeit lang (vgl. BSG SozR Nr. 9, 11 zu § 6 DVO 1964 zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG) ausgeübt hat und wie hoch in dieser Zeit sein nachweisbarer durchschnittlicher Gewinn gewesen ist; sollte sich in dieser Richtung noch etwas ermitteln lassen, so kämen für eine vergleichende Gegenüberstellung die Beamtengehälter nach dem Besoldungsgesetz vom 30. April 1920 (RGBI 805) nebst Besoldungsgruppe I (RGBI 817 f) in Betracht.

Die Revision ist hiernach begründet, denn es erscheint nicht ausgeschlossen, daß das LSG bei Berücksichtigung der in der Zeit nach 1918 gegebenen Verhältnisse oder auch bei näherer Erforschung des Sachverhalts bezüglich der Zeit von 1949 bis 1951 zu einer der Klägerin günstigeren Entscheidung gelangen könnte. Da eine Entscheidung in der Sache selbst mangels hinreichender

- 10 -



- 10 -

tatsächlicher Feststellungen nicht in Betracht kommt,
ist der Rechtsstreit nach § 170 Abs. 2 Satz 2 SGG
unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das LSG
zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über
die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens
vorbehalten bleibt.

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](#)