

Bundessozialgericht

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

Az.: 9 RV 82/68

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
17. März 1970

g e g e n

Der 9. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. März 1970 durch

Senatspräsident	Dr. N e u h a u s	
	- Vorsitzender -,	
Bundesrichter	Dr. M a i s c h	und
Bundesrichter	S c h i n d l e r ,	
Bundessozialrichter	K u h n e r t	und
Bundessozialrichter	Dr. G e n e n g e r	

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7. Dezember 1967 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

- 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 bezieht nach ihrem Ehemann Heinz L. (L.), der am 1. September 1939 zum Wehrdienst einberufen wurde, und seit dem Jahre 1942 in Rußland kriegsverschollen ist, Witwenrente nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG). Im März 1964 beantragte sie Schadensausgleich nach § 40 a BVG. Ihr Ehemann hat durch Besuch der Oberrealschule die mittlere Reife erlangt, studierte während mehrerer Semester an den staatlichen Baufachschulen in Idstein und Köln und erlernte im elterlichen Hoch- und Tiefbauunternehmen den Beruf eines Maurers. Am 1. April 1934 übernahm er das elterliche Geschäft. Im Jahre 1936 waren in dem Unternehmen 10 Betriebsangehörige, 1937 89 und im Jahre 1938 141 beschäftigt. Ausweislich des von der Klägerin vorgelegten Einkommensteuerbescheides für das Jahr 1938 wurde in diesem Jahr ein Gewinn von 10.577,-- RM (881,41 RM monatlich) erzielt. Die Klägerin hat weitere Unterlagen über das Einkommen ihres Ehemannes vor dem Kriege, das sie mit monatlich 900,-- bis 1.000,-- RM angibt, nicht vorlegen können. Sie hat erklärt, hierzu könne auch das Finanzamt keine Auskünfte mehr erteilen.

Mit Bescheid vom 15. Oktober 1964 gewährte das Versorgungsamt (VersorgA) der Klägerin ab 1. Januar 1964 Schadensausgleich. Es legte hierbei gemäß § 5 Abs. 1 der Durchführungsverordnung (DVO) zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG vom 30. Juli 1964 als Durchschnittseinkommen eines selbständig Tätigen mit Mittelschulbildung und abgeschlossener Berufsausbildung die Besoldungsgruppe A 11 des Bundesbesoldungsgesetzes (BBesG), das sind ab 1. Januar 1964 monatlich 1.387,-- DM, ab 1. Oktober 1964 monatlich 1.499,-- DM zugrunde. Der Widerspruch, mit dem die Klägerin geltend machte, das Einkommen ihres Ehemannes habe schon vor dem Kriege der Besoldungsgruppe A 1 b des Reichsbesoldungsgesetzes entsprochen, auch Würden heute in gleichartigen Unternehmen sehr hohe Gewinne erzielt, war erfolglos. Mit Bescheid vom 23. März 1966 wurde

- 3 -



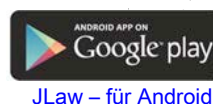
- 3 -

der Schadensausgleich für die Zeit vom 1. Januar 1966 bis zum 31. Mai 1966 und ab 1. Juni 1966 nach § 62 Abs. 1 BVG neu festgestellt und hierbei wiederum die Besoldungsgruppe A 11 BBesG zugrunde gelegt. Durch Urteil vom 13. März 1967 hat das Sozialgericht (SG) die Klage, mit der beantragt worden war, den Bescheid vom 15. Oktober 1964 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. April 1965 zu ändern und den Beklagten zu verurteilen, der Berechnung des Schadensausgleichs das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 13 BBesG zugrunde zu legen, abgewiesen. Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 7. Dezember 1967 die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, die DVO vom 30. Juli 1964 habe sich im Rahmen der gemäß den §§ 40 a Abs. 4, 30 Abs. 7 BVG idF des Zweiten Neuordnungsgesetzes (2. NOG) zum BVG erteilten Ermächtigung gehalten. Wie in § 30 Abs. 4 und in § 40 a Abs. 2 BVG vorgesehen sei, stelle die DVO grundsätzlich nicht auf das individuelle Einkommen, sondern auf das (erzielte oder wahrscheinlich zu erwartende) Durchschnittseinkommen bestimmter Berufs- und Wirtschaftsgruppen ab. Das gelte auch für § 5 der DVO, der das Durchschnittseinkommen aus selbständiger Tätigkeit regle und entsprechend der Schul- und Berufsausbildung des Verstorbenen bzw. Verschollenen bestimmten Besoldungsgruppen des Bundesbesoldungsgesetzes zuordne. Es sei nachgewiesen, daß L. die mittlere Reife besessen und ein Hoch- und Tiefbauunternehmen betrieben habe. Es sei nicht nachgewiesen, ~~aber vom~~ Beklagten unterstellt worden, daß er eine abgeschlossene Berufsausbildung hinter sich gebracht habe. Als voraussichtliches Durchschnittseinkommen sei gemäß § 5 Abs. 1 der DVO das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 11 BBesG zugrunde zu legen gewesen. Da L. lediglich mehrere Semester an staatlichen Bauschulen studiert habe (Ingenieurschulen), sei er nicht in die Gruppe der selbständig Tätigen mit abgeschlossener Hochschulbildung einzureihen. Selbst wenn er, was nicht bekannt sei, den Berufs-

- 4 -



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



- 4 -

abschluß eines Fachschul-Ingenieurs besessen haben sollte, würde dies nur eine Fachschulbildung, keine abgeschlossene Hochschulbildung darstellen, § 6 Abs. 1 der DVO sehe eine Sonderregelung für den Fall vor, daß ein Beschäftigter bzw. seine Witwe nachweise, daß er in dem vor Eintritt der Schädigung oder des besonderen beruflichen Betroffenseines ausgeübten Beruf bereits eine Stellung erreicht habe, die durch die Vorschriften der §§ 3 und 4 nicht ausreichend Berücksichtigung finde. Gemäß § 6 Abs. 2 der DVO gelte Abs. 1 für selbständig Tätige entsprechend. Jedoch sei hier vorgeschrieben, daß bei der Ermittlung der angemessenen Be-
soldungsgruppe der nachgewiesene durchschnittliche Gewinn aus Gewerbe oder selbständiger Arbeit in den letzten drei Jahren vor Eintritt der Schädigung oder des besonderen beruflichen Betroffenseins oder vor Beginn des militärischen oder militärähnlichen Dienstes zugrunde zu legen sei, aber nur soweit, als er auf die eigene Tätigkeit des Beschädigten zurückzuführen sei. Bei der Ermittlung des Wertes der eigenen Arbeitsleistung sei zum Vergleich das Arbeitsentgelt heranzuziehen, das einem Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung zu zahlen gewesen wäre, Nach § 6 Abs. 2 der DVO könne der - auch in § 6 Abs. 1 der DVO geforderte - Nachweis einer bestimmten Stellung, die durch die Pauschalierung in § 5 der DVO nicht ausreichend Berücksichtigung finde, ausdrücklich nur durch Nachweis des durchschnittlichen Gewinns aus Gewerbe oder selbständiger Arbeit in den letzten drei Jahren vor Eintritt der Schädigung oder des besonderen beruflichen Betroffenseines oder vor Beginn des militärischen oder militärähnlichen Dienstes erbracht werden. Dieser Beweis könne durch Vorlage entsprechender Einkommensunterlagen oder Beschaffung sonstiger geeigneter Beweisunterlagen (z.B. Auskünfte des früheren Steuerberaters oder Auskünfte früherer Mitinhaber des Betriebes) geführt werden. In jedem Falle müsse der durchschnittliche Gewinn der drei letzten maßgeblichen Jahre nachgewiesen werden können. Dies sei bei der Klägerin hinsichtlich der

- 5 -



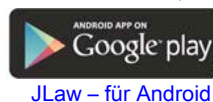
- 5 -

letzten drei Jahre vor der Einberufung ihres Ehemannes nicht der Fall. Erwiesen sei durch den Steuerbescheid für das Jahr 1938 nur der in diesem Jahr erzielte Gewinn. Es seien keine Erörterungen darüber anzustellen, ob der Gewinn in den übrigen beiden Jahren dem Gewinn des Jahres 1938 entsprochen habe, oder, was anzunehmen sein dürfte, sich entsprechend der gestiegenen Beschäftigtenzahl vergrößert habe. Eine Anwendung des eng auszulegenden § 6 Abs. 2 DVO scheide gänzlich aus, wenn der durchschnittliche Gewinn der letzten drei maßgeblichen Jahre nicht nachgewiesen werden könne. Die Rechtsnachteile aus der beweislos gebliebenen Anspruchsvoraussetzung habe die Klägerin zu tragen.

Mit der zugelassenen Revision rügt die Klägerin verfahrensrechtlich Verletzung der §§ 103, 128 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) und sachlich-rechtlich des § 40 a BVG und des § 6 Abs. 2 der DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG. Sie hat ausgeführt, daß auch für den in § 6 der DVO geforderten Nachweis die gerichtliche und behördliche Sachaufklärungspflicht nach § 103 SGG und § 12 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VerwVG) gelte. Das habe das LSG dadurch verkannt, daß es geglaubt habe, jeder Verpflichtung zu weiterer Sachaufklärung mit der lapidaren Feststellung enthoßen zu sein, daß keine Erörterungen darüber anzustellen seien, ob der Gewinn in den beiden anderen maßgeblichen Jahren dem des Jahres 1938 entsprochen habe, weil nur der Gewinn für das Jahr 1938 steuerlich ausgewiesen sei. Das LSG hätte sich jedoch zu weiteren Ermittlungen gedrängt sehen müssen, weil der nachgewiesene Gewinn eines der maßgeblichen Jahre ein erhebliches Indiz bedeute und das LSG selbst in Rechnung gestellt habe, daß ein der gestiegenen Beschäftigtenzahl entsprechend erhöhter Gewinn erzielt worden sei. Da das Unternehmen nach kleinen Anfängen im Jahre 1937 schon 89 und im Jahre 1938 bereits 141 Beschäftigte gehabt habe, hätte sich die Klärung der Frage aufgedrängt, welchen Beschäftigtenstand der Betrieb im weiterhin maßgeblichen Jahr 1939 bis



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



- 6 -

zur Einberufung des L. am 1. September 1939 gehabt habe. Dabei sei es nicht entscheidend darauf angekommen, daß L. den Betrieb infolge seiner Einberufung in den letzten Monaten des Jahres 1939 nicht mehr habe führen können. Das LSG hätte durch Befragung der zuständigen Handwerkskammer, der Innung, der Stadtverwaltung Mönchengladbach und der Inhaber verwandter Betriebe feststellen können, daß die Zahl der Beschäftigten im Jahre 1939 mindestens gleich groß, wenn nicht größer als im Jahre 1938, gewesen sei. Aufgrund der gewonnenen Unterlagen hätte auch ermittelt werden können, welcher Gewinn nach Art, Größe und Entwicklung des Betriebes unter Berücksichtigung des für 1938 steuerlich festgestellten Einkommens in den Jahren 1937 bis 1939 erzielt worden sei. Diese Sachaufklärung hätte ergeben, daß der Ehemann der Klägerin bis zur Einberufung aus dem Gewerbebetrieb einen durchschnittlichen Gewinn von monatlich rund 900,-- RM erzielt habe.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils des LSG und des Urteils des SG vom 13. März 1967 den Bescheid des Beklagten vom 15. Oktober 1964 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. April 1965 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, bei der Berechnung des Schadensausgleichs der Klägerin das Endgrundgehalt der Gruppe A 13 BBesG zugrunde zu legen,

hilfsweise,

die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das LSG zurückzuverweisen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

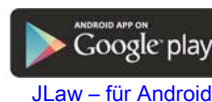
Er ist der Auffassung, daß die gerügten Mängel nicht vorliegen. § 6 Abs. 2 der DVO wolle offensichtlich vorübergehende schwankende Konjunkturgewinne als Grundlage für die Ermittlung des Durchschnittseinkommens bei der Feststellung des Schadensausgleichs ausschalten und lege deshalb einen verlässlichen Durchschnittsgewinn aus den letzten drei maßgeblichen Jahren zugrunde. Der Nachweis dieses Durchschnittseinkommens könne nicht durch Vermutungen und Schlußfolgerungen ersetzt werden. Der konkrete individuelle Gewinn, den der Verstorbene über den Durchschnitt der Berufsgenossen durch eine in seinem Beruf erreichte besondere Stellung mit ihren Auswirkungen auf das Einkommen erzielt haben müsse, könne zwar auf der Grundlage geeigneter konkret-betrieblicher Ausgangsfaktoren, wie Art und Größe des Betriebes, Zahl und Art der beschäftigten Arbeitskräfte, Höhe des alljährlichen Umsatzes und der Betriebsverbindlichkeiten, bestimmbar sein und damit als nachgewiesen gelten. Mangle es aber bereits an diesen notwendigen individuellen Ausgangsfaktoren, insbesondere an dem Nachweis des jährlichen Umsatzes, so sei der Nachweis des konkreten Gewinns eines bestimmten Betriebes nicht geführt, besonders auch dann nicht, wenn der zugegebenermaßen konjunkturbedingte Betrieb starken Veränderungen unterworfen gewesen sei. Deshalb und weil die Klägerin selbst erklärt habe, ihre diesbezüglichen Anfragen beim Finanzamt und anderen in Betracht kommenden Stellen seien erfolglos geblieben, hätten auch weitere Ermittlungen des LSG keine für die Entscheidung des Rechtsstreits wesentlichen Ergebnisse bringen können.

Die durch Zulassung statthafte Revision (§ 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG) ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und deshalb zulässig (§§ 164, 166 SGG). Sachlich ist sie nicht begründet.

- 8 -



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



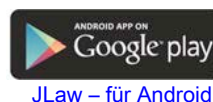
- 8 -

Streitig ist, ob in den Bescheiden vom 15. Oktober 1964 und 26. April 1965 bei der Berechnung des Schadensausgleichs der Klägerin nach § 40 a BVG idF des 2. NOG vom 21. Februar 1964 (BGBl I 85) ein höheres Durchschnittseinkommen des L. als A 11 BBesG hätte zugrunde gelegt werden müssen, ob insbesondere die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 6 Abs. 2 der DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG vom 30. Juli 1964 (BGBl I 574) gegeben waren. In dem nach Rechtshängigkeit erlassenen Bescheid vom 23. März 1966 ist aufgrund der Erhöhung der Beamtgehälter zwar ein höheres Durchschnittseinkommen als in dem Bescheid vom 15. Oktober 1964, jedoch wiederum nur die Besoldungsgruppe A 11 BBesG zugrunde gelegt worden. Die Klägerin hat im Berufungsverfahren ausdrücklich eine Änderung auch des Bescheides vom 23. März 1966 nicht beantragt, jedoch ohne zeitliche Beschränkung zum Ausdruck gebracht, daß der Berechnung des Schadensausgleichs das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 13 BBesG zugrunde gelegt werden soll. Sinngemäß hat sie somit die Eingruppierung in eine höhere Besoldungsgruppe auch für die Zeit ab 1. Januar 1966 und damit auch eine Änderung des Bescheides vom 23. März 1966 erstrebt. Dieser Bescheid war, da er ab 1. Januar 1966 den Bescheid vom 15. Oktober 1964 ersetzt hat, nach § 96 Abs. 1 SGG Gegenstand des anhängigen Verfahrens geworden. Der Senat war der Auffassung, daß eine Überprüfung auch des Bescheides vom 23. März 1966 im Revisionsverfahren zulässig war, obgleich die Klägerin eine Verletzung des § 96 SGG nicht gerügt hat, weil ihr Berufungsantrag bei verständiger Würdigung die Auslegung zuläßt, daß sie auch die Abänderung dieses Bescheides erstrebt, soweit nur die Besoldungsgruppe A 11 BBesG zugrunde gelegt worden ist und der übrige Inhalt dieses Bescheides nicht streitig ist. § 40 a BVG ist mit Wirkung vom 1. Januar 1967 an aufgrund des Dritten Neuordnungsgesetzes (3. NOG) vom 28. Dezember 1966 (BGBl I 750) geändert worden. Über den Anspruch der Klägerin auf

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

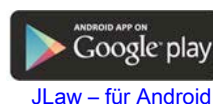
Schadensausgleich für die Zeit ab 1. Januar 1967 ist in diesem Verfahren jedoch nicht zu entscheiden, da insoweit noch kein Bescheid der Versorgungsbehörde ergangen ist.

Die Einstufung des Ehemannes der Klägerin in die Berufsgruppe der Selbständigen und in die Besoldungsgruppe A 11 BBesG entspricht den Merkmalen, die in § 5 der DVO für die Festsetzung des Durchschnittseinkommens der Selbständigen mit mittlerer Reife und abgeschlossener Berufsausbildung vorgesehen sind. Da L. keine abgeschlossene Hochschulbildung besaß, eine solche jedenfalls nicht nachweisbar war, konnte er nicht in die Besoldungsgruppe A 14 BBesG eingestuft werden. Nach § 5 der DVO waren somit nur die Voraussetzungen für eine Einstufung in die nächsthöchste Besoldungsgruppe, nämlich A 11 BBesG, gegeben. § 5 der DVO hält sich, wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, im Rahmen der der Bundesregierung in § 40 a Abs. 4 i.V.m. § 30 Abs. 7 BVG erteilten Ermächtigung, zu bestimmen, welche Vergleichsgrundlage und in welcher Weise sie zur Ermittlung des Einkommensverlustes heranzuziehen ist. Diese Auffassung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts - BSG - (vgl. insbesondere BSG 27, 69, 72 ff; 119, 123 f; 178, 182). In dem Beschluß vom 14. Mai 1969 (1 BvR 615/67, 1 BvR 303/68) hat auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zu der Frage Stellung genommen, ob die in § 30 Abs. 7 Buchst. a und § 40 a Abs. 4 BVG idF vom 21. Februar 1964 erteilten Ermächtigungen mit dem Grundgesetz (GG) vereinbar sind, ob § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 der DVO zu § 30 Abs. 3 und 4 BVG vom 30. Juli 1964 sich im Rahmen dieser Ermächtigung halten und der in § 6 Abs. 1 der DVO geforderte Nachweis für die Berücksichtigung eines höheren Durchschnittseinkommens mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Das BVerfG hat alle diese Fragen bejaht und die Rechtsprechung des BSG, soweit sie sich mit ihnen auseinandergesetzt hat, gebilligt (vgl. auch zu § 6 der DVO vom 30. Juli 1964 - BSG-Urteil vom 22. Oktober 1968 - 9 RV 230/68 -).

- 10 -



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



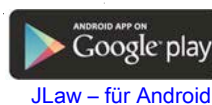
- 10 -

§ 6 der DVO trifft eine die Vorschriften der §§ 3 bis 5 der DVO ergänzende individuelle Regelung des Schadensausgleichs für die Fälle, in denen der Maßstab einer wahrscheinlich erlangten Berufsstellung - mit der Folge eines pauschalier-ten Schadensausgleichs - nicht angelegt werden soll, weil er nachweislich durch den Erfolg in dem vor der Schädigung ausgeübten Beruf, d.h. durch die in ihm erreichte beruf-liche Stellung mit ihren Auswirkungen auf die Höhe des Ein-kommens, als ungeeignet angesehen werden muß und damit als angemessener Schadensausgleich nicht mehr gelten kann (BSG 27, 69, 73). Voraussetzung ist, daß der Beschädigte ent-weder - als unselbständig Tätiger - nachweislich vor Eintritt der Schädigung oder des besonderen beruflichen Betroffenseins eine besondere Berufsstellung erreicht (§ 6 Abs. 1 der DVO) oder aus eigener Tätigkeit als Selbständiger (§ 6 Abs. 2 der DVO) einen aufgrund dieser Stellung sich ergebenden höheren Gewinn erzielt hat (BSG 27, 73, 124). Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 der DVO gilt Absatz 1 für selbständig Tätige (§ 5) ent-sprechend, der Berufserfolg wird hier jedoch überwiegend durch den höheren Gewinn als Maßstab des besonderen Berufs-erfolges ausgewiesen (BSG 27, 183). Bei der Ermittlung der angemessenen Besoldungsgruppe ist der nachgewiesene durch-schnittliche Gewinn aus Gewerbe oder selbständiger Arbeit in den letzten drei Jahren vor Eintritt der Schädigung oder des besonderen beruflichen Betroffenseins oder vor Beginn des militärischen oder militärähnlichen Dienstes zugrunde zu legen, jedoch nur insoweit, als er auf die eigene Tätigkeit des Beschädigten zurückzuführen ist (§ 6 Abs. 2 Satz 2 der DVO). Bei der Ermittlung des Wertes der eigenen Arbeitsleistung ist zum Vergleich das Arbeitsentgelt heranzuziehen, das einem Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung zu zahlen gewesen wäre (§ 6 Abs. 2 Satz 3 der DVO). Mit dieser Regelung wird eine durch die Höhe des durchschnittlichen Gewinns von drei Jahren ausgewiesene und nachgewiesene Kontinuität des Berufserfolges vorausgesetzt. Es soll verhindert werden, daß vorübergehende Konjunkturgewinne oder das aus anderen Gründen gute Ergebnis

- 11 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

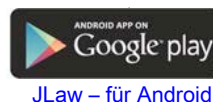
- 11 -

eines einzelnen Jahres als Nachweis für den außergewöhnlichen Berufserfolg angesehen werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift nach ihrem Sinngehalt auch Anwendung auf die Fälle finden kann, in denen die selbstständige Tätigkeit kürzer als drei Jahre ausgeübt worden ist, in dieser Zeit sich aber bereits ein außergewöhnlicher nicht wesentlich konjunkturbedingter Berufserfolg abgezeichnet hatte (vgl. Rdschr. des BMA vom 16. April 1962, BVB1 1962 S. 54 Nr. 32), denn dieser Fall ist hier nicht gegeben. Das LSG hat seiner Entscheidung die Zahl der in dem Unternehmen des L. in den Jahren 1936, 1937 und 1938 Beschäftigten (10, 89, 141) und den im Jahre 1938 erzielten Gewinn von 10.577,-- RM (881,41 RM monatlich) zugrunde gelegt. Es hat ferner festgestellt, daß die Klägerin nach ihren Angaben außer der zufällig geretteten Einkommensteuererklärung (gemeint ist der Einkommensteuerbescheid) für 1938 keine weiteren Unterlagen über das Einkommen ihres Ehemannes vor dem Wehrdienst mehr habe und daß auch beim Finanzamt in Mönchengladbach keine Belege aus der Zeit vor dem zweiten Weltkrieg mehr vorhanden seien. Bei diesem Sachverhalt mußte das LSG sich zu weiteren Ermittlungen nicht gedrängt sehen, obgleich die Klägerin das Einkommen ihres Ehemannes vor dem Kriege mit monatlich 900,-- bis 1.000,-- RM angegeben hatte, ohne dies jedoch beweisen zu können. Das LSG hat nicht verkannt, daß der Nachweis des durchschnittlichen Gewinns aus Gewerbe oder selbständiger Arbeit in den letzten drei Jahren vor Eintritt der Schädigung auch durch andere geeignete Beweisunterlagen (z.B. Auskünfte des früheren Steuerberaters oder Auskünfte früherer Mitinhaber des Betriebes) geführt werden könne. Es ist aber zu der Auffassung gelangt, daß durch weitere Ermittlungen der durchschnittliche Gewinn der letzten drei maßgeblichen Jahre nicht nachgewiesen werden könne und deshalb auch keine Erörterungen darüber anzustellen seien, ob der Gewinn in den übrigen beiden Jahren dem Gewinn des Jahres 1938 entsprochen habe, Es hat in diesem Zusammenhang nur die Vermutung ausgesprochen, daß sich der

- 12 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 12 -

Gewinn entsprechend der gestiegenen Beschäftigtenzahl vergrößert haben dürfte. Diese Ausführungen sind weder sachlich-rechtlich noch verfahrensrechtlich zu beanstanden. Der Durchschnittsgewinn von drei Jahren ist eine von den besonderen Verhältnissen des einzelnen Betriebes abhängige individuelle Größe. Der Gewinn ist das Ergebnis zahlreicher Faktoren, die von Betrieb zu Betrieb sehr unterschiedlich sein können und deshalb auch die Höhe des Gewinns entscheidend beeinflussen. Anders ausgedrückt: Der gleiche Gewinn verschiedener Betriebe kann sehr verschiedene Ursachen haben. Dazu gehören ua Tüchtigkeit des Unternehmers, Zahl der Betriebsangehörigen, Höhe des Umsatzes sowie ^{des} Kapitaleinsatzes und der damit verbundenen Kosten, Art der Betriebsorganisation, des Kundenkreises und Besonderheiten der überwiegend ausgeführten Arbeiten (Hoch- und Tiefbau). Mehrere Unternehmen eines Berufszweiges lassen somit hinsichtlich des erzielten Gewinns einen Vergleich nur zu, wenn es sich um Unternehmen etwa gleicher Struktur handelt; dies setzt aber die Kenntnis einer ausreichenden Zahl jener Faktoren voraus, die für die Höhe des Gewinns wesentlich sind. Ist, wie hier, nur die Zahl der Betriebsangehörigen in den Jahren 1936 bis 1938 und der im Jahre 1938 erzielte Gewinn bekannt, so reicht das auch bei einem Vergleich mit anderen Unternehmen des Baugewerbes nicht aus, einen bestimmten Durchschnittsgewinn aus den letzten drei Jahren vor der Einberufung des L. (von 1936 bis 1938) oder aus der späteren Zeit bis zum 1. Juni 1940, d.h. bis zu dem Zeitpunkt, zu dem L. nach den Angaben der Klägerin überhaupt Unternehmer gewesen ist, festzustellen. Jedenfalls gilt dies dann, wenn die betrieblichen Verhältnisse in den vorausgegangenen beiden Jahren - wie hier - ganz anders gewesen sind. Denn die Jahre 1936 und 1937 lassen sich schon deswegen nicht mit dem Jahr 1938 vergleichen, weil die Zahl der Betriebsangehörigen sprunghaft von 10 Beschäftigten im Jahre 1936 auf 89 im Jahre 1937 und 141 im Jahre 1938 angestiegen war. Somit spricht eher eine

- 13 -



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

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

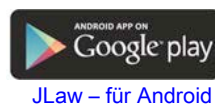
- 13 -

gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Betrieb vor seiner Vergrößerung im Jahre 1938 einen geringeren Gewinn ergeben hatte. Selbst wenn das Unternehmen nach der Einberufung des L. zum Wehrdienst am 1. September 1939 in demselben oder in noch größerem Umfang fortgeführt worden sein sollte, ergäbe sich daraus noch nicht der Nachweis eines etwa dem Jahre 1938 entsprechenden Betriebsergebnisses. Das LSG durfte vielmehr davon ausgehen, daß der Ausfall der Arbeitskraft des L. vermutlich zu höheren Unkosten und einer Minderung des Gewinns geführt hatte. Da hierüber aber Unterlagen nicht beschafft werden konnten und die Einholung weiterer Auskünfte bei der Unbestimmtheit zahlreicher gewinnerheblicher Faktoren nicht sachdienlich erschien, durfte das LSG verfahrensfehlerfrei den nach § 6 Abs. 2 der DVO erforderlichen Nachweis des durchschnittlichen Gewinns der letzten drei Jahre vor Eintritt der Schädigung oder des Beginns des militärischen Dienstes als nicht geführt ansehen. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß der Besoldungsgruppe A 11 BBesG die Besoldungsgruppen A 3 c, A 3 b, A 3 a und A 2 e des Reichsbesoldungsgesetzes vom 16. Dezember 1927 (vgl. BVB1 1961 S. 129) entsprechen, d.h. einem Endgrundgehalt von 550,-- RM bis 616,17 RM zuzüglich des Wohnungsgeldzuschusses für Verheiratete mit weniger als drei Kindern von 114,-- RM, allerdings ohne Berücksichtigung der Kürzungen aufgrund der Gehaltskürzungsverordnungen (von rund 21 v.H. bis zum 30. Juni 1939 und von rund 15 v.H. bis zum 31. Dezember 1940). Da L. im Jahre 1938 einen Gewinn von monatlich 881,41 RM erzielt hat, dieser Gewinn jedoch nur insoweit zugrunde zu legen ist, als er auf die eigene Tätigkeit des Beschädigten zurückzuführen ist, und da zum Vergleich das Arbeitsentgelt herangezogen werden muß, das einem Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung zu zahlen gewesen wäre, dürfte das Einkommen des L. aus eigener Tätigkeit (also ohne Berücksichtigung des Kapitalertrages) im Jahre 1938 in etwa der Berufsstellung, die in den angegebenen Gruppen des Reichsbesoldungsgesetzes **Angehörige**

- 14 -



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



- 14 -

des öffentlichen Dienstes hatten entsprochen haben. Deshalb erscheint, abgesehen davon, daß die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 der DVO nicht nachgewiesen sind, die Einstufung des L. in die entsprechende Berufsgruppe A 11 BBesG auch nicht ohne weiteres als unbillig.

Da hiernach das LSG die Anwendung des § 6 Abs. 2 der DVO auf die Klägerin mit Recht abgelehnt und deshalb zutreffend ihre Berufung gegen das Urteil des SG zurückgewiesen hat, konnte die Revision keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

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](#)