L 2 VS 43/07

Land
Schleswig-Holstein
Sozialgericht
Schleswig-Holsteinisches LSG
Sachgebiet
Sonstige Angelegenheiten
Abteilung

2
1. Instanz
SG Itzehoe (SHS)
Aktenzeichen
S 6 VS 157/05
Datum

04.04.2007
2. Instanz
Schleswig-Holsteinisches LSG
Aktenzeichen
L 2 VS 43/07
Datum

09.09.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Itzehoe vom 4. April 2007 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger macht gegenüber dem beklagten Land einen Anspruch auf Versorgungskrankengeld nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) für die Zeit vom 9. September 2004 bis zum 31. Dezember 2004 geltend.

Der im März 1948 geborene Kläger war vom 1. Juli 1968 bis zum 30. Juni 1980 als Soldat auf Zeit bei der Bundeswehr und verrichtete soldatischen Dienst im Wesentlichen an dem Waffensystem Hawk. Später war der Kläger zuletzt bis zum 31. März 2004 versicherungspflichtig beschäftigt. Anschließend übte er eine selbstständige Tätigkeit aus. Die Bundesagentur für Arbeit gewährte dem Kläger für die Zeit vom 15. April 2004 bis zum 14. Oktober 2004 anlässlich der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit Überbrückungsgeld in Höhe von 19.170,30 EUR als Zuschuss.

Mit Bescheid vom 16. Februar 2005 stellte das beklagte Land bei dem Kläger als Folge einer Wehrdienstbeschädigung das Vorliegen einer Prostataerkrankung im Stadium der Heilungsbewährung sowie Verlust von Prostatagewebe, Harn-inkontinenz fest und bewertete die Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE, inzwischen bezeichnet als Grad der Schädigungsfolgen, GdS) mit 80. In Ausführung eines vor dem Sozialgericht Itzehoe am 16. Oktober 2007 geschlossenen Vergleichs (Verfahren zum Az. S 6 VS 191/06) stellte das beklagte Land als weitere Schädigungsfolgen eine totale erektile Dysfunktion sowie Strahlenproktitis fest und erhöhte den GdS für die Zeit ab dem 1. Mai 2005 auf 90.

Seit dem 9. September 2004 ist der Kläger aufgrund der anerkannten Schädigungsfolgen arbeitsunfähig. Für die Zeit der Teilnahme an einer medizinischen Maßnahme zur Rehabilitation vom 12. Oktober bis zum 9. November 2004 gewährte der zuständige Rentenversicherungsträger, die Deutsche Rentenversicherung Bund, dem Kläger Übergangsgeld in Höhe von täglich 92,48 EUR. Nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit erhielt der Kläger ausweislich seiner Angaben gegenüber dem beklagten Land aus der privaten Krankenversicherung ein monatliches Krankengeld in Höhe von etwa 2.000,00 EUR.

Am 21. September 2004 übersandte der Kläger dem beklagten Land einen Nachweis über das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit seit dem 9. September 2004. Das beklagte Land wertete dies als Antrag des Klägers auf Versorgungskrankengeld und zog den den Kläger betreffenden Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2003 sowie eine vom Steuerberater des Klägers erstellte Jahresübersicht über die geschäftliche Entwicklung der selbstständigen Tätigkeit in der Zeit von April bis Dezember 2004 bei.

Nach Auswertung der vom Kläger eingereichten Unterlagen lehnte das beklagte Land den Antrag des Klägers auf Versorgungskrankengeld mit Bescheid vom 21. März 2005 ab und führte zur Begründung im Wesentlichen aus, dass der Kläger vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbe oder aus selbstständiger Arbeit erzielt habe. Daher berechne sich das Versorgungskrankengeld nach § 16b i.V.m. § 16a BVG. Das Versorgungskrankengeld betrage gemäß § 16a Abs. 1 BVG 80 v. H. des erzielten regelmäßigen Entgelts (Regelentgelt) und dürfe das entgangene regelmäßige Nettoarbeitsentgelt nicht übersteigen. Als Regelentgelt würden gemäß § 16b Abs. 2 BVG die Gewinne gelten, die der Veranlagung zur Einkommenssteuer zugrunde gelegt worden seien, wobei Bemessungszeitraum das letzte Kalenderjahr sei, für das ein Einkommenssteuerbescheid vorliege. Wenn ein Regelentgelt nach § 16b Abs. 2 BVG nicht festgestellt werden könne oder ein nach Abs. 2 festgestelltes Regelentgelt wegen wesentlicher Änderungen nach Ende des Bemessungszeitraumes oder aus anderen Gründen keinen angemessenen Maßstab für den Einkommensverlust ergebe, so sei das

Regelentgelt gemäß § 16b Abs. 4 BVG unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse festzusetzen. Dies sei bei dem Kläger der Fall. Das letzte Kalenderjahr, für das ein Einkommenssteuerbescheid vorliege, könne bei dem Kläger nicht als Bemessungszeitraum zugrunde gelegt werden, weil er erst ab dem 15. April 2004 selbstständig tätig gewesen sei. Daher könnten für die Feststellung des Regelentgelts nur die ab April 2004 erzielten Gewinne aus dem Gewerbebetrieb berücksichtigt werden, wobei die Monate April und Dezember 2004 (Betriebsauflösung) außer Betracht bleiben müssten. Nach der vom Kläger eingesandten betriebswirtschaftlichen Aufstellung seien lediglich in den Monaten Juli und Oktober 2004 Gewinne erzielt worden, in den übrigen Monaten dagegen Verluste, wobei der Gewinn im Monat Juli 2004 durch eine hohe Umsatzsteuererstattung bedingt sei. In der Addition der Monate Mai bis Oktober habe der Kläger mit seiner gesamten Tätigkeit als selbstständiger Pharmareferent keinen Gewinn erzielt. Eine Steigerung des Betriebsergebnisses mit fortschreitender Dauer der selbstständigen Tätigkeit lasse sich aus der betriebswirtschaftlichen Aufstellung nicht erkennen. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger im weiteren Verlauf seiner selbstständigen Tätigkeit Gewinne erzielt hätte, wenn er nicht im September 2004 arbeitsunfähig geworden wäre. Unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse lasse sich daher kein positives Regelentgelt für die Berechnung eines Versorgungskrankengeldes feststellen. Das von der Bundesagentur für Arbeit anlässlich der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit für den Zeitraum vom 15. April bis zum 14. Oktober 2004 gezahlte Überbrückungsgeld und das von der Deutschen Rentenversicherung Bund für den Zeitraum vom 12. Oktober bis zum 9. November 2004 gezahlte Übergangsgeld könnten bei der Feststellung des Regelentgelts nicht berücksichtigt werden.

Zur Begründung des dagegen am 6. April 2005 eingelegten Widerspruchs machte der Kläger geltend, dass ihm die Schwierigkeit bewusst sei, eine einkommensgerechte Veranlagung für die ersten Monate der selbstständigen Tätigkeit festzusetzen. Es sei jedoch davon auszugehen, dass er ohne die Erkrankung weitere Einkünfte aus der selbstständigen Tätigkeit gehabt hätte und dass bei dauerhafter Beschäftigung die regelmäßigen Einkünfte 3.000,00 bis 4.000,00 EUR monatlich betragen haben könnten. Der Kläger nahm Bezug auf eine Bescheinigung des TK vom 5. Mai 2005, nach der die Akquisition und Auftragserteilung für einen vom Kläger erbrachten Umsatz bereits im Juli bzw. August 2004 erfolgt sei.

Mit Widerspruchsbescheid vom 29. August 2005 wies das beklagte Land den Widerspruch im Wesentlichen aus den Gründen des angefochtenen Bescheides zurück.

Dagegen hat sich der Kläger mit der am 12. September 2005 beim Sozialgericht Itzehoe eingegangenen Klage gewandt und zur Begründung ausgeführt: Ihm sei Versorgungskrankengeld in Höhe der Kosten einer fiktiven Ersatzkraft zu gewähren. Die Regelung des § 16b Abs. 1 BVG mache die Zahlung von Versorgungskrankengeld an Selbstständige nicht ausnahmslos davon abhängig, dass vor der Schädigungsbedingten Arbeitsunfähigkeit ein positiver Gewinn nachgewiesen sei. Einem Beschädigten könne Entschädigung nicht mit der Begründung versagt werden, dass der wirtschaftliche Schaden nicht bezifferbar sei, weil ihn gerade seine schädigungsbedingte Arbeitsunfähigkeit davon abgehalten habe, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Es genüge, dass eine Einnahmequelle aus selbstständiger Tätigkeit vorhanden gewesen sei. Geeignetes Mittel zum Nachweis des Einkommensverlustes sei der erforderliche Aufwand für einen während der Arbeitsunfähigkeit eingestellten Vertreter. Werde eine Ersatzkraft tatsächlich nicht eingestellt, seien die fiktiven Kosten einer Ersatzkraft zu ermitteln und danach der Regellohn festzustellen.

Der Kläger hat beantragt,

1. den Bescheid des beklagten Landes vom 21. März 2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. August 2005 aufzuheben, 2. das beklagte Land zu verurteilen, ihm im Zeitraum vom 9. September bis 31. Dezember 2004 Versorgungskrankengeld unter Zugrundelegung des Regellohnes nach den Kosten eines fiktiven Vertreters des im vorgenannten Zeitraum als Pharmavertreter selbstständig gewesenen Klägers zu gewähren.

Das beklagte Land hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sich das beklagte Land auf den Inhalt der angefochtenen Bescheide bezogen.

Mit Urteil vom 4. April 2007 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung auf den Inhalt der angefochtenen Bescheide Bezug genommen. Ergänzend hat das Sozialgericht ausgeführt: Der Beklagte sei zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger am 9. September 2004 aufgrund der von ihm erlittenen Schädigungsfolgen arbeitsunfähig geworden sei. Nach § 16a Abs. 1 Satz 1 BVG betrage das Versorgungskrankengeld 80 v. H. des entgangenen regelmäßigen Entgelts (Regelentgelt) und dürfe das entgangene regelmäßige Nettoarbeitsentgelt nicht übersteigen. Da der Kläger unmittelbar vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt habe, sei die nach § 16a BVG vorgegebene Berechnung des Versorgungskrankengeldes nach § 16b Abs. 1 BVG entsprechend anzuwenden. Als Regelentgelt würden nach § 16b Abs. 2 Satz 3 BVG die Gewinne gelten, die der Veranlagung zur Einkommenssteuer zugrunde gelegt worden seien, wobei Bemessungszeitraum das letzte Kalenderjahr sei, für das ein Einkommenssteuerbescheid vorliege. Im Falle des Klägers scheitere die Berücksichtigung der Festlegungen des Einkommenssteuerbescheides aus dem Jahre 2003 als Berechnungsgrundlage daran, dass der Kläger sein Gewerbe erst ab dem 15. April 2004 betrieben habe. Das beklagte Land habe zutreffend festgestellt, dass das Regelentgelt unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse nach § 16b Abs. 4 BVG festzusetzen sei. Die zu berücksichtigenden Gesamtverhältnisse seien in der vom Kläger selbst eingereichten betriebswirtschaftlichen Aufstellung von April bis Dezember 2004 im Einzelnen dokumentiert. Ein für den Kläger positives Ergebnis seiner selbstständigen Tätigkeit sei nur für den Juli und den Oktober 2004 ausgewiesen. Das positive Ergebnis für den Juli 2004 sei durch eine hohe Umsatzsteuererstattung bedingt. Bei der Würdigung dieser vom Kläger selbst dokumentierten geschäftlichen Entwicklung sei die Kammer davon überzeugt, dass dem Kläger seine gewerbliche Tätigkeit keine Existenzgrundlage geboten habe und auch bei fortdauernder selbstständiger Tätigkeit ohne seine die Arbeitsunfähigkeit bedingende Erkrankung keine entscheidungserhebliche positive Entwicklung eingetreten wäre. Der vom Steuerberater des Klägers überlassenen Aufstellung der betriebswirtschaftlichen Ergebnisse des Jahres 2004 sei weder im Einzelnen noch in der Gesamtschau zu entnehmen, dass der Kläger mit fortschreitender Zeitdauer aus seiner gewerblichen Tätigkeit Gewinne erzielt hätte, wenn er nicht am 9. September 2004 arbeitsunfähig geworden wäre. Der Kammer sei aus der Verhandlung von verschiedenen rentenversicherungsrechtlichen Streitverfahren bekannt, dass es für den "freien" selbstständigen Pharmareferenten keinen Markt gebe. Pharmareferenten seien als Angestellte für Firmen tätig, deren Medikamente oder medizinische Geräte sie am Markt platzieren sollten. Selbstständige hätten hier schon deshalb wenig

Chancen, eine selbstständige Tätigkeit auszuüben, weil es den Herstellerfirmen gerade darauf ankomme, dass die sie vertretenen Mitarbeiter in ihrer Person eine exklusive Markenbindung realisierten. Die Kammer könne nicht ausschließen, dass es Marktnischen gebe, in denen selbstständige Pharmareferenten gewinnbringend tätig werden könnten. Die geschäftliche Entwicklung, die der Kläger für seine Tätigkeit dokumentiert habe, lasse indes nicht erkennen, dass er eine solche Marktnische ergriffen hätte und im Verlauf seiner Tätigkeit als Pharmareferent nennenswerte Gewinne erzielt hätte. Wenn dem Kläger in seinem Aufgabenfeld eine gewinnbringende Tätigkeit möglich gewesen wäre, hätte sich dies schon unmittelbar nach Aufnahme seiner Tätigkeit am 15. April 2004 deutlich zeigen müssen. Das Ausbleiben positiver betrieblicher Ergebnisse bis zum 9. September 2004, dem Tag des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit des Klägers, zeige den Fehlschlag des Existenzgründungsvorhabens des Klägers. Gerade wenn eine Umsatzsteuerrückerstattung die wesentliche Einnahme aus der gewerblichen Tätigkeit bilde, belege diese Tatsache den geschäftlichen Misserfolg eindeutig. Der Kläger habe im Übrigen weder gegenüber dem Beklagten noch gegenüber dem Gericht dargelegt, unter Zugrundelegung welcher geschäftlichen Konzeption er seine gewerbliche Tätigkeit am 15. April 2004 aufgenommen habe und deswegen gewinnbringende Geschäfte zu erwarten gewesen seien. Auch auf Befragen der Kammer im Termin zur mündlichen Verhandlung am 4. April 2007 habe dazu kein substantiierter Sachvortrag stattgefunden. Für die Kammer sei lediglich zu erkennen, dass der Kläger in Anbetracht seiner gewerblichen Tätigkeit zwar keine Gewinnperspektive gehabt habe, diese wohl aber aus steuerlichen Gründen durchaus sinnvoll gewesen sei. Daher sei nicht zu beanstanden, dass der Beklagte dem Antrag des Klägers auf Versorgungskrankengeld nicht entsprochen habe. Dem Versorgungskrankengeld komme ebenso wie dem Krankengeld der gesetzlichen Krankenversicherung und dem Verletztengeld der Unfallversicherung eine Lohnersatzfunktion zu. Mit ihm solle der durch eine Arbeitsunfähigkeit bedingte Ausfall von Erwerbseinkommen ausgeglichen werden. Wegen der nach den betriebswirtschaftlichen Ergebnissen zu erwartenden Aufgabe der vom Kläger am 15. April 2004 begonnenen gewerblichen Tätigkeit habe die Kammer keinen Ansatzpunkt dafür gesehen, die Entschädigung für die ausgefallene Arbeitskraft des Klägers unter Zugrundelegung der Kosten einer fiktiven Ersatzkraft zu ermitteln und danach den Regellohn festzustellen.

Gegen das ihm am 4. September 2007 zugestellte Urteil wendet sich der Kläger mit der am 20. September 2007 beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht eingegangenen Berufung, zu deren Begründung er sein Vorbringen aus dem Klageverfahren wiederholt und vertieft. Er sei der festen Überzeugung, dass er sein Unternehmen in absehbarer Zeit zu einem wirtschaftlichen Erfolg geführt hätte, wenn er nicht arbeitsunfähig geworden wäre. Ihm werde u. a. Zuverlässigkeit und Kompetenz bescheinigt. Dazu nimmt der Kläger auf ein Schreiben der Firma Q Marketing Medizintechnik vom 6. Februar 2008 Bezug. Der vom Sozialgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Zeitraum vom 15. April 2004 bis zum 9. September 2004 sei nicht geeignet, Vorhersagen zu seinem wirtschaftlichen Erfolg zu treffen. Es könne kaum erwartet werden, dass er unmittelbar nach Beginn seiner wirtschaftlichen Tätigkeit sofort erhebliche Betriebsgewinne erziele. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass aufgrund der heutigen schlechten Zahlungsmoral ein gewisser Zeitraum von der Rechnungsstellung bis zur endgültigen Zahlung vergehe. Ferner sei darauf hinzuweisen, dass sogar seitens der Agentur für Arbeit ein Überbrückungsgeld gewährt worden sei. Auch damit werde anerkannt, dass ein Selbstständiger im Regelfall nicht sofort einen Betriebsgewinn erziele. Das Sozialgericht hätte nicht aufgrund eigenen Sachverständs davon ausgehen dürfen, dass es keinen Markt für selbstständige Pharmareferenten gebe, sondern eine solche Aussage auf ein Sachverständigengutachten stützen müssen. Zum Beleg für seine Angabe, nach der er sich um den Aufbau einer tragfähigen Existenz bemüht habe, legt der Kläger als Anlage zum Schriftsatz vom 8. August 2008 umfangreiche Unterlagen vor.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Itzehoe vom 4. April 2007 sowie den Bescheid des beklagten Landes vom 21. März 2005 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 29. August 2005 aufzuheben und das beklagte Land zu verurteilen, ihm für den Zeitraum vom 9. September bis zum 31. Dezember 2004 Versorgungskrankengeld unter Zugrundelegung des Regelentgelts eines Pharmareferenten/Handelsvertreters zu gewähren.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung schließt er sich den Entscheidungsgründen des sozialgerichtlichen Urteils an.

Die den Kläger betreffenden Verwaltungsakten des Beklagten, die Akten des Sozialgerichts Itzehoe zu den Az. S 6 SB 193/06 und S 6 VS 191/06 haben dem Senat vorgelegen. Diese sind ebenso wie die Prozessakte Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung gewesen. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf ihren Inhalt verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist insbesondere fristgerecht ([§ 151 Sozialgerichtsgesetz - SGG -](#)) eingelegt und der Wert des Beschwerdegegenstandes in Gestalt eines Anspruchs auf Versorgungskrankengeld für die Dauer von drei Monaten übersteigt den hier noch maßgebenden Betrag von 500,00 EUR ([§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) in der bis zum 31. März 2008 geltenden Fassung).

Wie bereits das Sozialgericht zutreffend dargelegt hat, hängt der Anspruch des Klägers auf Versorgungskrankengeld davon ab, ob ein Regelentgelt ermittelt werden kann, auf dessen Grundlage die Leistung zu berechnen ist. Ferner ist das Sozialgericht zutreffend davon ausgegangen, dass als Grundlage für eine Berechnung des Regelentgelts hier allein § 16b Abs. 4 BVG in Betracht kommt, sodass das Regelentgelt "unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse" festzusetzen ist. Insoweit nimmt der Senat auf die zutreffenden Gründe der sozialgerichtlichen Entscheidung Bezug und sieht von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Ergänzend ist folgendes auszuführen:

Das Versorgungskrankengeld des Klägers kann nicht nach der Regelung zur Kontinuität der Bemessungsgrundlage in § 16d BVG auf der Grundlage des Übergangsgelds berechnet werden, das dem Kläger vom Träger der gesetzlichen Rentenversicherung für die Zeit der Teilnahme an einer medizinischen Maßnahme zur Rehabilitation vom 12. Oktober 2004 bis zum 9. November 2004 gewährt worden war. Nach § 16d BVG ist bei der Berechnung des Versorgungskrankengeldes von dem bisher bezogenen Entgelt auszugehen, wenn der Berechtigte von einem anderen Rehabilitationsträger Krankengeld, Verletztengeld oder Übergangsgeld bezogen hat und ihm im Anschluss daran Versorgungskrankengeld nach §§ 16 bis 16f BVG zu gewähren ist. Die Regelung des § 16d BVG soll nach ihrem Sinn in solchen Fällen

angewandt werden, in denen ein Wechsel "in der Person des Verpflichteten" (Rohr/Strässer/Dahm, BVG, § 16d), also ein Wechsel des Leistungsträgers stattfindet. Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor. Der Anspruch auf Versorgungskrankengeld besteht dem Grunde nach seit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit des Klägers am 9. September 2004. Er bestand damit bereits vor dem Anspruch auf Übergangsgeld und nicht erst im Anschluss daran. Nach dem Ende des Anspruchs des Klägers auf Übergangsgeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung ist auch kein neuer Anspruch auf Versorgungskrankengeld entstanden, weil der Anspruch auf Übergangsgeld nicht zum Wegfall des Anspruchs auf Versorgungskrankengeld führt, sondern gemäß § 16f Abs. 3 Nr. 1 BVG lediglich eine Anrechnung des Übergangsgelds auf das Versorgungskrankengeld vorgesehen ist.

Daher kommt wie das Sozialgericht zutreffend dargelegt hat allein eine Ermittlung des Regelentgelts "unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse" nach § 16b Abs. 4 BVG in Betracht. Da das Versorgungskrankengeld im Grundsatz den wirtschaftlichen Schaden während der Arbeitsunfähigkeit ausgleichen soll (vgl. BSG, Urt. v. 4. Juli 1989 – [9 RVg 2/88](#) – [SozR 3100 § 16b Nr. 4](#), juris Rz. 16), hat sich auch die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "Gesamtverhältnisse" an dieser Zielrichtung zu orientieren. Dem entsprechend hat das Bundessozialgericht bei Selbstständigen zunächst auf den entgangenen Gewinn abgestellt (vgl. BSG, Urt. v. 28. November 1981 [9 RV 20/80](#), [SozR 3100 § 16b Nr. 2](#)). Allerdings ist der bei einem Selbstständigen auszugleichende wirtschaftliche Schaden in nachfolgenden Urteilen (vgl. BSG, Urt. v. 4. Juli 1989, [a.a.O.](#); BSG, Urt. v. 15. Februar 1989 – [9/4b RV 45/87](#), [SozR 3100 § 16b Nr. 3](#)) umfassender definiert und der Anspruch auf ein Versorgungskrankengeld nicht mehr ausnahmslos davon abhängig gemacht worden, dass vor der schädigungsbedingten Arbeitsunfähigkeit ein Gewinn aus selbständiger Tätigkeit nachgewiesen ist. Der Senat folgt dieser Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und geht davon aus, dass insbesondere im Aufbaustadium einer selbstständigen Existenz der Wert der geleisteten Arbeit eines Selbstständigen oft erst in einem Gewinn deutlich wird, der sich nach Monaten oder Jahren zeigt. Der Ausfall der Arbeitskraft eines Selbstständigen kann sich gerade in solchen Zeiten besonders gewinnmindernd oder anders ausgedrückt – verlustvergrößernd auswirken. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Bundesversorgungsgesetz auch in anderen Fällen eine Entschädigung ohne konkreten Einkommensverlust vorsieht, so z. B. bei Gewährung von Versorgungskrankengeld für die Haushaltsführung an beschädigte "Hausfrauen" oder "Hausmänner" nach § 16b Abs. 5 Buchst. a i. V. m. § 30 Abs. 12 BVG. Als geeigneter Maßstab kann in diesen Fällen auf die Kosten eines tatsächlich eingestellten oder – wenn dies nicht geschehen ist – eines fiktiven Vertreters abgestellt werden.

Die Rechtsprechung, nach der die Ermittlung eines Regelentgelts als Grundlage für die Berechnung des Versorgungskrankengeldes nicht notwendig an einen Gewinn aus vorangegangener selbständiger Tätigkeit anknüpfen muss, setzt jedoch voraus, dass wenigstens langfristig ein Gewinn aus der Bemessung zugrunde liegenden selbständigen Tätigkeit zu erwarten ist (vgl. BSG, Urt. v. 15. Februar 1989, [a.a.O.](#), juris Rz. 20). Dafür gibt es vorliegend jedoch keine konkreten Anhaltspunkte. Es ergeben sich bereits Schwierigkeiten bei der Feststellung von Art, Inhalt und Umfang der Tätigkeit des Klägers in der Zeit vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit. Gegenüber dem beklagten Land (vgl. Erklärung vom 22. Mai 2005, Bl. 2 Heilbehandlungsheft) und auch im vorliegenden Gerichtsverfahren (u.a. Schriftsatz vom 27. Juli 2006, Bl. 29 Gerichtsakte) hat der Kläger seine Tätigkeit zunächst ausschließlich mit "Pharmareferent" angegeben. Dagegen hat der Kläger gegenüber der Bundesagentur für Arbeit bei seinem Antrag auf Gewährung von Überbrückungsgeld zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit nach [§ 57 SGB III](#) seine Tätigkeit umfassender als "Marketingberater" bezeichnet und ausgeführt, dass es sich um die Gründung eines Unternehmens für Beratung, Marketing und Vertrieb für sicherheitstechnische- und medizintechnische Geräte sowie gesundheitsorientierte Produkte handle. Dazu wurden drei Geschäftsbereiche geschildert nämlich ein elektronisches Fahrradcodiersystem, das insbesondere dazu dienen sollte, Fahrräder gegen Diebstahl zu schützen, Marketing und Vertrieb im Bereich Medizintechnik sowie "Magnetfeldtherapiegeräte". Ausweislich der bei der Agentur für Arbeit vorgelegten Prognose über Einnahmen und Ausgaben sollten die Einnahmen ganz überwiegend (20.000,00 EUR im "Restjahr 2004") mit dem Fahrradcodiersystem (Bikefinder®-Mikrochip) erzielt werden, während mit den Dienstleistungen im Bereich Medizintechnik und Magnetfeldtherapiegeräten sowie sonstigen Dienstleistungen Einnahmen in Höhe von insgesamt 8.600,00 EUR erzielt werden sollten. Wie aus der vom Kläger bereits im Verwaltungsverfahren vorgelegten von seinem Steuerberater erstellten Übersicht zu Einnahmen und Ausgaben im Jahre 2004 hervorgeht, haben sich diese Erwartungen des Klägers nicht erfüllt. Tatsächlich hat er in den Monaten bis zum Eintritt der Arbeitsunfähigkeit im September 2004 überhaupt keine Erlöse aus betrieblicher Tätigkeit (0,00 EUR) erzielt. Darüber hinaus lassen auch die Betriebsausgaben, die zum überwiegenden Teil aus Abschreibungen bestehen, nicht den Schluss auf eine intensive Geschäftstätigkeit zu. Die größten Rechnungsposten stellen worauf bereits das Sozialgericht zutreffend hingewiesen hat – die Zahlung der Umsatzsteuer (Vorsteuer) im April 2004 sowie die fast identische Erstattung der Umsatzsteuer im Juli 2004 in Höhe von jeweils knapp 5.000,00 EUR dar. Der Eindruck, den die im Verwaltungsverfahren vorgelegte betriebswirtschaftliche Auswertung vermittelt, wird auch durch die im Berufungsverfahren vorgelegten umfangreichen Unterlagen des Klägers nicht widerlegt. Zwar geht aus diesen Unterlagen hervor, dass der Kläger – auch schon zu Beginn des Jahres 2004 und damit vor der gegenüber der Agentur für Arbeit angegebenen Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit – Konzepte erstellt hat und auch Handelsvertreterverträge abgeschlossen hat. Es wird aber nicht deutlich, in welchem Umfang der Kläger auf dieser Grundlage tatsächlich Aktivitäten entfaltet hat. Konkrete Angaben dazu sind auch der vom Kläger vorgelegten Bescheinigung des P Q vom 6. Februar 2008 nicht zu entnehmen. Jedenfalls haben die möglichen Aktivitäten des Klägers in den etwa fünf Monaten bis zum Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nicht nur zu keinem Gewinn, sondern auch zu keinen Erlösen geführt, und es gibt auch keine konkreten Hinweise dafür, dass sich dies ohne den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in absehbarer Zeit geändert hätte. Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung geltend macht, dass aufgrund schlechter Zahlungsmoral gewisse Zeiträume von der Rechnungsstellung bis zur endgültigen Zahlung zu berücksichtigen seien, so hat sich dieses Vorbringen als unzutreffend erwiesen, denn die einzige Rechnung, die der Kläger vorlegen konnte, war die über den Verkauf des Wehenschreibers unter dem Rechnungsdatum vom 9. Dezember 2004. Der Kläger konnte dagegen keine nicht bezahlten oder verspätet bezahlten Rechnungen aus der Zeit vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit vorlegen. Selbst wenn es unter Berücksichtigung des vom Kläger im Verwaltungsverfahren vorgelegten Schreibens des T K vom 5. Mai 2005 naheliegend erscheint, dass dem Verkauf des Wehenschreibers Aktivitäten des Klägers aus der Zeit vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegen, so lässt sich daraus nach Auffassung des Senats nicht herleiten, dass der Kläger wenigstens langfristig mit einem Gewinn aus der begonnenen selbstständigen Tätigkeit rechnen konnte. Dass sich die Erwartungen aus dem Vertrieb des Bikefinder® Mikrochips nicht erfüllt haben, der jedenfalls im Jahr 2004 nach der vom Kläger gegenüber der Agentur für Arbeit aufgestellten Prognose den ganz überwiegenden Teil der Einnahmen beitragen sollte, hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung am 9. September 2008 für den Senat nachvollziehbar geschildert und dargelegt, dass er weder bei der Polizei noch bei den Versicherungsunternehmen auf erkennbares Interesse gestoßen sei.

Nach allem kann ein Regelentgelt, auf dessen Grundlage ein Versorgungskrankengeld berechnet werden könnte, nicht ermittelt werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne des [§ 160 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

SHS

Saved

2008-11-25