

L 6 V 1503/06

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht
Abteilung

6

1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 10 V 2495/04

Datum
02.02.2006

2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 6 V 1503/06

Datum
25.09.2007

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 02.02.2006 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Berechnung des Anspruchs des Klägers auf Berufsschadensausgleich (BSA).

Der 1925 geborene Kläger hat 1939 die Hauptschule abgeschlossen. Vom 01.08.1940 bis 31.07.1942 absolvierte er eine Lehre als Kaufmann in M., die er mit dem Gesellenbrief abschloss. Von 1942 bis 1945 war er Angehöriger des Reichsarbeitsdienstes bzw. der Wehrmacht. Am 16.12.1943 wurde er durch Granatwerferbeschuss an der Ostfront verwundet. Er erlitt u. a. einen Halsdurchschuss mit Rückenmarksverletzung. Der Beklagte bewilligte ihm ab 01.10.1950 Grundrente nach § 31 des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) nach einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) um 30 vom Hundert (v.H.). Mit Bescheid vom 14.07.1961 gewährte der Beklagte die Rente ab 01.11.1959 nach einer MdE um 40 v.H. wegen einer eingetretenen Verschlechterung. Als Schädigungsfolgen wurden in diesem Bescheid anerkannt:

1. Schiefhals mit Bewegungsbehinderung des Halses und Schädigung des linkseitigen Halsnervengeflechtes (Sympathikus) nach Durchschuss hinter dem Kehlkopf, 2. Skoliose der Halswirbelsäule (HWS) mit Bandscheibenniedrigung zwischen dem 5. und 6. Halswirbel, Zervikalsyndrom mit Sensibilitätsstörungen im Bereich der rechten oberen Extremität, 3. Größere verwachsene Narbe auf der linken Brustseite und belanglose Narbe über dem linken Schulterblatt, 4. Leicht verwachsene Narbe am rechten Fuß.

Mit Bescheid vom 16.07.1971 wurde der Antrag des Klägers vom 12.02.1970 auf Erhöhung der Rente abgelehnt. In die Bezeichnung der Schädigungsfolgen wurde noch "Weichteilstecksplinter in der linken Halsseite" aufgenommen. Dem Bescheid lagen das orthopädische Gutachten von Dr. S./Dr. N. vom 21.05.1970 und das nervenärztliche Gutachten von Dr. W. vom 25.09.1970 zugrunde.

Nach seinen Angaben hat der Kläger folgende berufliche Tätigkeiten verrichtet:

1945 - 1948 Mithilfe im elterlichen Betrieb 1945 - 1957 Beschäftigter als Einzelhandelskaufmann bei verschiedenen Arbeitgebern 1957 - 1966 Verkaufs- bzw. Einkaufsleiter bei verschiedenen Arbeitgebern 1966 - 1972 selbstständiger Möbelverkäufer (G. - Möbel) 1973 - 1976 Geschäftsführender Gesellschafter der A. Z. GmbH & Co.KG 1977 - 09.08.1982 selbstständiger Inhaber der Firma G. G. - Stahlrohrmöbel.

Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung wurden für den Kläger lediglich für den Zeitraum vom 01.04.1939 bis 04.10.1942, vom 01.07.1950 bis 31.12.1956 sowie während einer Rehabilitationsmaßnahme vom 01.09. bis 31.12.1983 entrichtet.

Am 09.08.1982 kam es wegen der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens des Klägers und der deshalb erforderlichen Entlassung von Mitarbeitern und Abmeldung des Gewerbes zu einer tätlichen Auseinandersetzung des Klägers mit einem Angestellten. Der Kläger gab gegenüber der Polizei an, er sei mehrere Male gegen die Wand gestoßen und dann zu Boden geworfen worden. Dabei seien sofort wieder Schmerzen im Bereich seiner Kriegsverletzung aufgetreten. Der Kläger war seitdem arbeitsunfähig und erhielt ab 01.06.1983 von der damaligen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) Rente wegen Erwerbsunfähigkeit und ab 01.04.1990 Altersruhegeld (Bescheide vom 26.03.1984 und 19.02.1990).

Mit Schreiben vom 27.05.1983 stellte der Kläger einen Antrag auf Erhöhung der Beschädigtenrente wegen einer Verschlimmerung der Schädigungsfolgen. Ebenfalls mit Schreiben vom 27.05.1983 beantragte er die Gewährung von Entschädigungsleistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz (OEG). Er machte geltend, er leide seit der tätlichen Auseinandersetzung unter einer Bewegungsbehinderung des Halses, HWS-Beschwerden mit Wurzelreizung und könne keine berufliche Tätigkeit mehr verrichten. Der Beklagte zog u. a. den Bericht des Rehabilitationskrankenhauses K.-L. vom 20.01.1983 über die dortige stationäre Behandlung vom 21.11. bis 22.12.1982 (Diagnosen: reflektorischer Schiefhals, Distorsion der HWS) bei. Sowohl die Gewährung von Leistungen nach dem OEG als auch die Gewährung einer höheren Rente nach dem BVG wurden zunächst abgelehnt. Durch Urteil des Sozialgerichts Freiburg (SG) vom 07.10.1987 - S 3 Vg 1432/86 - wurde der Beklagte dem Grunde nach verurteilt, Leistungen nach dem OEG zu gewähren. Daraufhin wurde zunächst wegen einer durch die Tätlichkeit eingetretenen Verschlimmerung der Schädigungsfolgen die Rente vom 09.08.1982 bis 31.07.1984 nach einer MdE um 50 v.H. gewährt. Durch Urteil des SG vom 29.01.1992 - S 3 Vg 203/89 - wurde der Beklagte dann verurteilt, die Rente auch ab 01.08.1984 auf Dauer nach einer MdE um 50 v.H. zu gewähren, wobei das SG davon ausging, dass durch die Tätlichkeit auf Dauer eine wesentliche Verschlimmerung der Schädigungsfolgen nach dem BVG eingetreten war und nach [§ 3 Abs. 1 OEG](#) mit den Schädigungsfolgen im Sinne von § 1 BVG eine Gesamt-MdE zu bilden und eine einheitliche Rente festzusetzen sei. Das Urteil stütze sich hauptsächlich auf das Gutachten von Prof. Dr. H. vom 06.02.1991. Prof. Dr. H. führte in diesem Gutachten aus, es ergebe sich eine eindeutige Verschlechterung der Beweglichkeit der HWS gegenüber dem Zustand vor der Tätlichkeit. Die gesamte HWS-Beweglichkeit sei aufgehoben. Die heutigen Beschwerden seien Folgen und Ausdruck einer fortschreitenden pathogenetischen Dynamik in Bezug auf die ehemalige Kriegsverletzung von 1943, die durch das Ereignis vom 09.08.1982 ausgelöst worden sei.

Die Erhöhung der MdE wegen einer besonderen beruflichen Betroffenheit (bbB) und die Gewährung von BSA wurden durch den Beklagten zunächst ebenfalls abgelehnt. Mit Urteil vom 12.07.1996 - S 10 V 2150/94 - wurde der Beklagte verurteilt, die Rente unter Berücksichtigung einer bbB ab 01.06.1983 nach einer MdE um 60 v.H. und ab 01.07.1992 im Hinblick auf die mit Bescheid vom 23.10.1995 erfolgte Rentenerhöhung wegen Verschlimmerung der Schädigungsfolgen nach einer MdE um 70 v. H. zu gewähren sowie dem Kläger dem Grunde nach Berufsschadensausgleich unter Zugrundelegung des Endgrundgehaltes der Besoldungsgruppe A 7, ab Vollendung des 65. Lebensjahres um 25 v. H. gemindert, zu gewähren.

Der Beklagte gewährte daraufhin die Rente mit Teil-Ausführungsbescheid vom 14.11.1996 ab 01.06.1983 nach einer MdE um 60 v.H. sowie ab 01.07.1992 wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Verschlimmerung nach einer MdE um 70 v.H. Später wurde die Rente aufgrund des vor dem Landessozialgericht Baden-Württemberg im Rechtsstreit L 6 V 4489/00 geschlossenen Vergleiches vom 09.07.2001 unter Anerkennung weiterer Schädigungsfolgen (Interkostalneuralgie, Funktionsbeeinträchtigung des rechten Ellenbogengelenkes) rückwirkend ab 01.07.1992 nach einer MdE um 90 v.H. und ab 01.01.1998 nach einer MdE um 100 v.H. gem. § 30 Abs. 1 und 2 BVG gewährt.

Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens ist der den Teilausführungsbescheid vom 14.11.1996 ergänzende Ausführungsbescheid vom 09.05.1997, mit dem der Beklagte bei der Berechnung des BSA ab 01.06.1983 das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 7 des Bundesbesoldungsgesetzes als maßgebliches Vergleichseinkommen zugrunde gelegt und diesem Vergleichseinkommen eine fiktive Altersversorgung gegenüber gestellt hat. Danach errechne sich kein schädigungsbedingter Einkommensverlust, sodass kein Berufsschadensausgleich gewährt werden könne. Zur Begründung wurde ausgeführt, bei der Berechnung des BSA sei § 9 Abs. 8 der Berufsschadensausgleichsverordnung (BSchAV) zu berücksichtigen. Bleibe das derzeitige Bruttoeinkommen, das einem Beschädigten, der mindestens ein Viertel der Zeit seiner Berufstätigkeit selbstständig tätig gewesen sei, zur Verfügung stehe, nach seinem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben erheblich hinter einem Betrag zurück, der in einem angemessenen Verhältnis zu dem nach § 9 Abs. 1 Satz 1 BSchAV zu berücksichtigenden Einkommen stehe, sei der Fehlbetrag dem derzeitigen Bruttoeinkommen hinzuzurechnen. Bei der Schätzung des Fehlbetrages sei das Arbeitsentgelt, das einem nicht selbstständigen Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung zu zahlen gewesen wäre, um den Anteil zu mindern, um den im Durchschnitt des Erwerbslebens die gesundheitliche Fähigkeit des Beschädigten, seine Berufstätigkeit auszuüben, eingeschränkt gewesen sei. Für jedes Jahr der Erwerbstätigkeit seien 1,67 v.H. dieses Ergebnisses, bezogen auf das aktuelle Einkommen, als Vergleichswert anzusetzen. Erreiche das derzeitige Bruttoeinkommen nicht drei Viertel des Vergleichswertes, sei dieser Betrag das derzeitige Bruttoeinkommen. Diese Voraussetzungen seien erfüllt, da der Kläger in mehr als einem Viertel der Zeit seiner Berufstätigkeit selbstständig gewesen sei. Aus versorgungsärztlicher Sicht sei seine Fähigkeit, seine Berufstätigkeit auszuüben, im Durchschnitt seines Erwerbslebens um 3,63 v.H. aus schädigungsbedingten Gründen beeinträchtigt gewesen. (Grundlage für diese Annahme waren die versorgungsärztlichen Stellungnahmen von Dr. N. vom 13.12.1996 und 29.01.1997). Er sei unter Berücksichtigung seiner Lebens- und Berufserfahrung, die mit herausragenden Leitungs- und Dispositionsbefugnissen verbunden gewesen sei, in der Lage gewesen, die Leistungen zu erbringen, die üblicherweise ein nichtselbstständig tätiger kaufmännischer Angestellter der Angestelltengruppe 7 des Groß- und Außenhandelsverbandes erbringe. Der Vergleichswert gemäß § 9 Abs. 8 BSchAV wurde dann unter Berücksichtigung einer 15 %igen tariflichen Zuzahlung abzüglich 3,63 v.H. wegen schädigungsbedingter Beeinträchtigung errechnet und der "tatsächlichen Altersversorgung" des Klägers (ab 3/84 DM 545,30) gegenüber gestellt. Da die tatsächliche Altersversorgung nicht drei Viertel des ermittelten Vergleichswertes erreiche, sei dieser Wert als derzeitiges Bruttoeinkommen dem maßgeblichen Vergleichseinkommen gegenüber zu stellen. Die Berechnungen wurden in dem Bescheid im Einzelnen dargestellt. Der Widerspruch des Klägers wurde mit Widerspruchsbescheid vom 19.11.1997 zurückgewiesen.

Hiergegen erhob der Kläger am 17.12.1997 Klage zum SG (S 5 V 3790/97). Er vertrat die Auffassung, bei der Berechnung des BSA sei von dem Beklagten eine völlig widersprüchliche Einstufung vorgenommen worden. Auf der einen Seite sei er bei der Ermittlung des Vergleichseinkommens wie ein Facharbeiter eingestuft worden, auf der anderen Seite sei er im Hinblick auf den Vergleichswert, der der fiktiven Altersversorgung zugrunde gelegt worden sei, als eine Person eingestuft worden, die wenigstens im mittleren Management anzusiedeln sei. Bei einer derart ungleichen Einstufung müsse es zwangsläufig zu dem Ergebnis kommen, dass ein BSA nicht zur Zahlung gelange. Diese Schieflage müsse beseitigt werden. Insoweit sei das Urteil des SG vom 12.07.1996 zu beachten, welches festgestellt habe, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von BSA dem Grunde nach vorliegen würden und dass eine Einkommensminderung durch die Schädigungsfolgen eingetreten sei. Der angefochtene Ausführungsbescheid könne nicht im Gegensatz zu dem Sozialgerichts Urteil zu dem Ergebnis kommen, dass keine Einkommensminderung durch Schädigungsfolgen eingetreten sei. Im Einzelnen wurden folgende Berechnungselemente des Anspruchs auf BSA angegriffen:

1. Die Annahme, dass die Fähigkeit, die Berufstätigkeit auszuüben im Durchschnitt seines Erwerbslebens um 3,63 % gemindert oder beeinträchtigt gewesen sei: in den versorgungsärztlichen Stellungnahmen von Dr. N. werde insoweit lediglich auf das Erfordernis des körperlichen Arbeitseinsatzes Bezug genommen, das während seiner Berufstätigkeit gering gewesen sei. In Anbetracht der anerkannten

Schädigungsfolgen ergebe sich jedoch ein gesundheitliches Gesamtbild, wonach auch seine geistigen und intellektuellen Kapazitäten sowie die allgemeine körperliche Belastbarkeit durch die Kriegsverletzung beeinträchtigt gewesen seien. Er habe an einem Schmerzsyndrom der HWS sowie chronischen und anfallsartigen Kopfschmerzen und zum Teil Schwindelanfällen gelitten. Er sei in leitender Stellung tätig gewesen und habe unter einem entsprechenden Termin- und Entscheidungsdruck gestanden. Er sei über Jahre hinweg nur unter äußerster Willensanstrengung in der Lage gewesen, diesen Anforderungen zu genügen.

2. Die Berücksichtigung eines Vergleichseinkommens nach der Besoldungsgruppe A 7 des Bundesbesoldungsgesetzes als maßgebliches Vergleichseinkommen: insoweit sei von einer Einstufung in die Besoldungsgruppe A 15 im Rahmen der BSchAV auszugehen.

3. Die Anwendung des § 9 Abs. 8 Sätze 1 bis 5 BSchAV durch Ermittlung eines fiktiven derzeitigen Bruttoeinkommens als Vergleichswert anstelle des tatsächlich bezogenen Bruttoeinkommens: Hierbei verstoße der Beklagte gegen die Übergangsvorschrift des § 9 Abs. 8 letzter Satz BSchAV, wonach das fiktive Einkommen dann nicht zugrunde zu legen sei, wenn der BSA bereits für den Monat Juni 1990 festgestellt war. Der Kläger habe den Antrag auf BSA bereits am 30.05.1983 gestellt. Es sei ihm nicht zuzurechnen, dass über diesen Antrag zum Stichtag im Juni 1990 noch nicht entschieden war. Der Berechnung des BSA müsse daher anstatt der fiktiven Altersversorgung sein weit geringeres gesetzliches Renteneinkommen zugrunde gelegt werden.

Mit Schreiben vom 28.11.1997 beantragte der Kläger außerdem die Erteilung eines Rücknahmebescheides nach [§ 44](#) des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) und begehrte die Berücksichtigung eines Vergleichseinkommens nach der Besoldungsgruppe A 15 des Bundesbesoldungsgesetzes. Diesen Antrag lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 15.11.1999 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18.01.2000 ab.

Mit Beschluss vom 30.11.2000 setzte das SG die Verhandlung des Rechtsstreits bis zur Erledigung des gegen diesen Bescheid anhängigen weiteren Rechtsstreits (S 10 V 473/00) aus. Klage und Berufung des Klägers gegen die Ablehnung der Berücksichtigung der Besoldungsgruppe A 15 des Bundesbesoldungsgesetzes als Vergleichseinkommen blieben ohne Erfolg (Urteil des SG vom 15.03.2002 [S 10 V 473/00] und des Landessozialgerichts Baden-Württemberg [LSG] vom 01.04.2004 [L 6 V 1895/02]). Der Kläger machte in diesem Verfahren geltend, er habe seit 1960 ein erheblich über dem Durchschnitt liegendes Einkommen gehabt. In den Jahren 1978, 1979 und 1980 habe das zu versteuernde Einkommen 176.104 bzw. 214.344 DM betragen. Für die späteren Jahre seien keine Einkommenssteuererklärungen erfolgt, da er seinen Geschäftsbetrieb im Steuerjahr 1981 schädigungsbedingt habe einstellen müssen. Das LSG entschied, es liege kein Sachverhalt vor, der eine höhere Einstufung des Durchschnittseinkommens als Vergleichseinkommen nach der BSchAV rechtfertige. Im maßgeblichen Zeitraum von drei Jahren vor der Schädigung, hier der schädigungsbedingten Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit im August 1982 sei keine wirtschaftliche Stellung erreicht gewesen, die vom Durchschnittseinkommen der mit abgeschlossener Berufsausbildung Tätigen, das vom Ordnungsgeber bewusst pauschaliert festgesetzt worden sei, abweiche. Die behaupteten erhöhten Einkommen 1979/1980 beruhten nicht auf dem Ergebnis eigener Arbeitsleistung, sondern seien auf Kosten des betriebswirtschaftlichen Vermögens erzielt worden, was zugleich zur Minderung der gesamtwirtschaftlichen Position des Klägers beigetragen habe und damit die wirtschaftliche Bedeutung der Unternehmensführung, die der Kläger gerade als Beweis der höheren wirtschaftlichen Bedeutung angeführt habe, ebenso mindere.

Das vorliegende Verfahren wurde anschließend vom SG unter dem Aktenzeichen S 10 V 2495/04 fortgesetzt. Zum Beweis der Tatsache, dass er im Verlaufe seines Berufslebens um weit mehr als 3,63 % schädigungsbedingt in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt gewesen sei legte der Kläger u. a. die Bescheinigung von Dr. W. vom 26.10.1959 vor, wonach er oft nur unter stärksten Mühen arbeitsfähig sei, da zunehmend stärkere Zustände von akuter Halssteife bei ihm aufträten. Außerdem wurde das vertauensärztliche Gutachten von Dr. K. vom 02.11.1983 für die B. Ersatzkasse vorgelegt. Der Beklagte wies hierzu darauf hin, dass die Bescheinigung von Dr. W. aktenkundig sei und sich zum damaligen Zeitpunkt nach versorgungsärztlicher Stellungnahme vom 16.06.1961 im Beruf des Kaufmanns keine bbB ergeben habe. Im Übrigen sei damals die Anhebung der MdE auf 40 v.H. erfolgt. Die Frage, ob sich die Schädigungsfolgen auch auf die geistige Leistungsfähigkeit ausgewirkt hätten, sei versorgungsärztlich zu verneinen.

Der Vorsitzende Richter des SG regte an, bei der Berechnung des BSA vergleichsweise einen höheren Grad der Beeinträchtigung des Klägers während seiner Berufstätigkeit durch die Schädigungsfolgen anzunehmen. Der Beklagte teilte daraufhin anlässlich eines Erörterungstermines mit, auch bei einer Erhöhung der Einbuße auf 12 v.H. ergebe sich kein Zahlbetrag für den BSA. Die Beteiligten gingen nunmehr davon aus, dass eine für den Kläger günstige Entscheidung nur möglich sei, wenn von einer Einbuße nahe oder bei 50 v.H. auszugehen wäre. Der Beklagte legte entsprechende Berechnungen vor.

Mit Urteil vom 02.02.2006 wies das SG die Klage ab. Es führte aus, die Kammer sei überzeugt, dass die Verdienstmöglichkeiten des Klägers in den konkret von ihm ausgeübten beruflichen Tätigkeiten zunächst nur im elterlichen Betrieb von 1946 bis 1948 und anschließend während der selbstständigen Tätigkeit von 1966 bis 1972 wegen der kriegsbedingten Schädigungsfolgen "Schiefhals mit Bewegungsbehinderung des Halses und Schädigungen des linksseitigen Halsnervengeflechtes" sowie "Skoliose der Halswirbelsäule mit Bandscheibenverniedrigung" um 20 v.H. gemindert gewesen sein dürften, aber nicht während der gesamten Dauer der Berufstätigkeit um 50 v.H. Der Kläger sei durch seine kriegsbedingten Verletzungen vor allem in Tätigkeiten behindert gewesen, die einen körperlichen Einsatz verlangt hätten. Nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens vermöge die Kammer nicht zu erkennen, dass der Kläger Konzentrationsstörungen oder schmerzbedingte Einschränkungen in einem größeren Umfang gehabt hätte. Die Vorschrift des § 9 Abs. 8 BSchAV sei nicht deshalb unanwendbar, weil der Antrag auf Gewährung von BSA bereits am 30.05.1983 gestellt worden sei. Das Bundessozialgericht (BSG) habe bereits durch Urteil vom 15.02.1989 ([9/4 b RV 47/87](#)) entschieden, dass der BSA nicht dazu diene, bei Selbstständigen relativ geringe Rentenleistungen auszugleichen. Die Anwendung der Vorschrift des § 9 Abs. 8 BSchAV bedeute deshalb für den Kläger keinen ausgleichspflichtigen Schaden.

Gegen das ihm am 01.03.2006 zugestellte Urteil hat der Kläger am 24.03.2006 Berufung eingelegt. Zur Begründung hat er sein bisheriges Vorbringen wiederholt und ausgeführt, die vom Beklagten vorgenommenen Berechnungen könnten so nicht akzeptiert werden. Nach seinen eigenen Berechnungen, die er dem Gericht vorgelegt hat, ergebe sich ein zu zahlender BSA von mindestens DM 417,10 monatlich. Dabei ist er davon ausgegangen, dass er während seines gesamten Berufslebens zu 20 % schädigungsbedingt in seiner Berufstätigkeit beeinträchtigt gewesen sei.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 02.02.2006 aufzuheben und den Beklagten unter Abänderung des Bescheides vom 09.05.1997 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19.11.1997 zu verurteilen, den ihm zustehenden Berufsschadensausgleich ohne Anwendung des § 9 Abs. 8 Sätze 1 bis 5 Berufsschadensausgleichsverordnung zu berechnen, hilfsweise ihm Berufsschadensausgleich entsprechend seinen Berechnungen in der Anlage zu seinem Schriftsatz vom 07.12.2006 zu gewähren, höchst hilfsweise ein orthopädisches Gutachten zu der Frage einzuholen, in welchen Zeiträumen seiner Erwerbstätigkeit und in welchem Umfang er durch die anerkannten Schädigungsfolgen bei der Ausübung der Erwerbstätigkeit beeinträchtigt war.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er führt aus, der Kläger erkenne, dass der Berechnung des BSA entsprechend dem Urteil des SG Freiburg das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 7 zugrunde zu legen und diesem Vergleichseinkommen die im Benehmen mit dem Verband für Dienstleistung, Groß- und Außenhandel (VDGA) ermittelte fiktive Altersversorgung gegenüber zu stellen sei. Ihm könne nicht gefolgt werden, als er wohl nach § 30 Abs. 5 BVG als Vergleichseinkommen das eines kaufmännischen Angestellten im Wirtschaftsbereich Groß- und Einzelhandel anspreche und eine eigene Berechnung "nach dem Eingangsgehalt nach dem SM-BW" aufstelle. Darüber hinaus befremde es, wenn der Kläger nach jahrzehntelanger Verfahrensdauer nunmehr die berücksichtigte schädigungsbedingte Beeinträchtigung (Minderungssatz von 10,8 v.H.) beanstande, obwohl hierüber im erstinstanzlichen Verfahren keinerlei Gegensätzlichkeiten vorgetragen worden seien.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhaltes sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Instanzen, die beigezogenen Verwaltungsakten des Beklagten einschließlich der Akten nach dem OEG und dem Schwerbehindertenrecht sowie die beigezogenen Akten des LSG (L 7 VG 2342/87, L 7 VG 496/92, L 6 V 4489/00 und L 6 V 1895/02) verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) statthafte und gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten. Der Beklagte ist zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass sich bei der Berechnung des dem Kläger dem Grunde nach ab 01.06.1983 zustehenden Anspruchs auf BSA kein Zahlbetrag ergibt.

Nach § 30 Abs. 3 BVG erhalten rentenberechtigte Beschädigte, deren Einkommen aus gegenwärtiger oder früherer Tätigkeit durch die Schädigungsfolgen gemindert ist, einen Berufsschadensausgleich in Höhe von 42,5 vom Hundert des auf volle Deutsche Mark nach oben abgerundeten Einkommensverlustes. Einkommensverlust ist gem. § 30 Abs. 4 BVG der Unterschiedsbetrag zwischen dem derzeitigen Bruttoeinkommen aus gegenwärtiger oder früherer Tätigkeit zuzüglich der Ausgleichsrente (derzeitiges Einkommen) und dem höheren Vergleichseinkommen. Das Vergleichseinkommen errechnet sich nach § 30 Abs. 5 BVG aus dem monatlichen Durchschnittseinkommen der Berufs- oder Wirtschaftsgruppe, der der Beschädigte ohne die Schädigung nach seinen Lebensverhältnissen, Kenntnissen und Fähigkeiten und dem bisher betätigten Arbeits- und Ausbildungswillen wahrscheinlich angehört hätte. Beim Kläger ist das maßgebliche Vergleichseinkommen als Durchschnittseinkommen bei selbstständiger Tätigkeit nach der Regelung des § 5 BSchAV festzusetzen. Danach ist bei selbstständig Tätigen mit abgeschlossener Berufsausbildung das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A7 des Bundesbesoldungsgesetzes zuzüglich des Ortszuschlages nach Stufe 2 des Bundesbesoldungsgesetzes zugrunde zu legen. Im Fall des Klägers ist von diesem Vergleichseinkommen auszugehen, wie sich bereits aus dem Urteil des SG vom 12.07.1996 ergibt. Nachdem insoweit der Überprüfungsantrag des Klägers nach [§ 44 SGB X](#) durch alle Instanzen abgelehnt wurde, steht einer erneuten Überprüfung des Vergleichseinkommens das rechtskräftige Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 01.04.2004 (L 6 V 1895/02) entgegen.

Bei der Ermittlung des derzeitigen Bruttoeinkommens des Klägers, das dem Vergleichseinkommen gegenüberzustellen war, hat der Beklagte zu Recht § 9 Abs. 8 BSchAV angewandt. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 BSchAV gelten als derzeitiges Bruttoeinkommen der Wert der eigenen Arbeitsleistung einer gegenwärtigen selbstständigen Tätigkeit und Einnahmen aus einer früheren selbstständigen Tätigkeit. Als Wert der eigenen Arbeitsleistung ist das Arbeitsentgelt zu berücksichtigen, das einem Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung zu zahlen wäre. Diese Regelung war bereits gültig, als der Kläger die Gewährung von BSA beantragt hat. Daraus ergibt sich, dass für das derzeitige Einkommen beschädigter Selbstständiger eine fiktive Größe zugrunde zu legen ist und dabei maßgebend ist, wie der Selbstständige seine berufliche Arbeitskraft als Unselbstständiger auf dem Arbeitsmarkt verwerten könnte bzw. hätte verwerten können. Die Regelung des § 9 Abs. 8 BSchAV, die am 01.07.1990 in Kraft getreten ist, regelt nunmehr die Berechnung des derzeitigen Bruttoeinkommens bei Selbstständigen, die aus dem Erwerbsleben ausgeschieden sind. Bleibt das derzeitige Bruttoeinkommen, das einem Beschädigten, der mindestens ein Viertel der Zeit seiner Berufstätigkeit selbstständig tätig gewesen ist, zur Verfügung steht, nach seinem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben erheblich hinter dem Betrag zurück, der in einem angemessenen Verhältnis zu dem nach Abs. 1 Satz 1 zu berücksichtigenden Einkommen steht, ist der Fehlbetrag dem derzeitigen Bruttoeinkommen hinzuzurechnen. Der Fehlbetrag ist wie folgt zu schätzen: Das Arbeitsentgelt, das einem nicht beschädigten Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung zu zahlen wäre, ist um den Anteil zu mindern, um den im Durchschnitt des Erwerbslebens die gesundheitliche Fähigkeit des Beschädigten, seine Berufstätigkeit auszuüben, eingeschränkt war. Für jedes Jahr der Erwerbstätigkeit sind 1,67 v. H. dieses Ergebnisses, bezogen auf das aktuelle Einkommen, als Vergleichswert anzusetzen. Erreicht das derzeitige Bruttoeinkommen nicht drei Viertel des Vergleichswertes, ist dieser Betrag das derzeitige Bruttoeinkommen. Die Sätze 1 bis 5 gelten nicht, wenn der Berufsschadensausgleich für den Monat Juni 1990 bereits unter Anrechnung des tatsächlich erzielten derzeitigen Bruttoeinkommens festgestellt war.

Diese pauschalierende Berechnungsvorschrift ist hier von dem Beklagten zu Recht angewandt worden, obwohl der Kläger die Gewährung von BSA bereits im Mai 1983 beantragt hatte. Der BSA war nämlich für den Monat Juni 1990 noch nicht unter Anrechnung des tatsächlich erzielten derzeitigen Bruttoeinkommens festgestellt. Vielmehr stand erst aufgrund des Urteils des SG vom 12.07.1996 fest, dass der Kläger ab 01.06.1983 einen Anspruch auf BSA dem Grunde nach hatte. Unabhängig von der Frage, in wessen Sphäre die Umstände lagen, die für

die Verzögerung der Entscheidung über den Antrag des Klägers auf Gewährung von BSA verantwortlich waren, ist es nicht geboten, die Besitzstandsregelung des § 9 Abs. 8 Satz 6 BSchAV entgegen ihrem Wortlaut auch auf den Kläger anzuwenden. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Klägers dahingehend, dass er einen Anspruch auf Gewährung von BSA unter Berücksichtigung seines tatsächlichen niedrigen Renteneinkommens hatte, bestand nicht. Schon nach der bereits vor Inkrafttreten des § 9 Abs. 8 BSchAV ergangenen Rechtsprechung des BSG war es nämlich nicht Sinn des BSA, bei Selbstständigen, eine trotz der Schädigung mögliche, aber unterbliebene Altersversorgung durch entsprechend höhere Versorgungsleistungen auszugleichen (BSG, Urteil v. 15.02.1989 - [9/4b RV 47/87](#), [BSGE 64, 283](#)). Das BSG hat in dieser Entscheidung bereits ein fiktives Alterseinkommen dem Vergleichseinkommen gegenübergestellt. Diese Rechtsprechung wurde mit Erlass des § 9 Abs. 8 BSchAV lediglich durch Einführung einer pauschalierenden Regelung im Sinne der Verwaltungspraktikabilität umgesetzt.

Der Beklagte ist bei der Berechnung des BSA nach § 30 BVG in Verbindung mit § 9 Abs. 8 BSchAV entgegen dem Vorbringen des Klägers auch von zutreffenden Voraussetzungen ausgegangen und auf dieser Grundlage rechnerisch richtig zu dem Ergebnis gelangt, dass sich für die Zeit ab Juni 1983 kein ausgleichender Einkommensverlust errechnet.

Zunächst ist nicht zu beanstanden, dass der Beklagte in den angefochtenen Bescheiden bei der Ermittlung des Wertes der Arbeitsleistung des Klägers während seines Berufslebens das Eingangsgehalt eines kaufmännischen Angestellten in Gehaltsgruppe 7 unter Berücksichtigung einer 15%-igen übertariflichen Zulage nach der Auskunft des Verbandes für Dienstleistung Groß- und Außenhandel (VDGA) vom 03.03.1997 berücksichtigt hat. Die Richtigkeit der Einordnung des Klägers zu diesem Wirtschaftsbereich ergibt sich gerade aus der vom Kläger selbst vorgelegten Auskunft seiner früheren Prozessbevollmächtigten vom 13.02.1997. Danach dominierte bei der zuletzt ausgeübten Tätigkeit des Klägers als Inhaber der Fa. G. ganz überwiegend der Vertriebscharakter. Eine originäre Produktion fand nicht statt, lediglich die Montage von Halbfabrikaten zu Fertigprodukten. Es wurde Ware aus Italien importiert und nach Dänemark exportiert. Beliefert wurden ausschließlich Großhandelsunternehmen und keine Endverbraucher. Eine Zuordnung zu dem Bereich des Einzelhandels, wie sie vom Kläger nunmehr begehrt wird, kommt daher nicht in Betracht. Er war im übrigen zwar nicht Mitglied des Groß- und Außenhandelsverbandes Baden-Württemberg, gehörte jedoch zu den Unternehmen, die dort Mitglied werden konnten, wie sich aus einem Schreiben dieses Verbandes ergibt, das der Kläger im Verfahren S 11 V 2150/94 dem SG vorgelegt hat. Eine Tätigkeit als Einzelhandelskaufmann hat der Kläger nach seinen Angaben bis 1957 ausgeübt. Für die nachfolgenden Tätigkeiten ist aufgrund der Angaben des Klägers eine Zuordnung zum Groß- und Außenhandel oder Einzelhandel nicht durchgehend möglich. In der Zeit der Selbstständigkeit von 1966 bis 1972 beschäftigte er sich mit dem Import von Stahlrohrmöbeln, wie sich aus den anamnestischen Angaben des Klägers im Gutachten von Dr. W. vom 25.09.1967 ergibt. Diese Tätigkeit dürfte ebenfalls dem Groß- und Außenhandel zuzuordnen sein, so dass der berufliche Schwerpunkt des Klägers ab diesem Zeitpunkt im Bereich Groß- und Außenhandel lag. Im übrigen ergibt auch ein Vergleich der vom Kläger für seine jeweiligen Tätigkeiten angegebenen Monatseinkommen, dass die Zuordnung zu der Gehaltsgruppe 7 des Tarifvertrages für den Groß- und Außenhandel (1983 unter Berücksichtigung einer 15%igen außertariflichen Zulage 3.884,70 DM) keinesfalls unangemessen ist. Danach hatte der Kläger 1960 bis 1982 Monatseinkommen zwischen 7000,- DM und 10.000,- DM. Hierzu passt, dass der Kläger, soweit er während seines Erwerbslebens unselbstständig beschäftigt war, wegen Überschreitens der damals gültigen Jahresarbeitsverdienstgrenze seit 01.01.1957 keine Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung mehr entrichtet hat. Soweit der Kläger in seiner dem Schriftsatz vom 07.12.2006 beigefügten Berechnung von einem "Eingangsgehalt nach Auskunft Sozialministerium B.W." in Höhe von 2.966,- DM ausgegangen ist, hat er hierbei offensichtlich auf den Aktenvermerk vom 24.01.1997 Bezug genommen, in dem die Heranziehung des Einzelhandelsstarifvertrags für Baden-Württemberg vom 26.10.1983 für angemessen erachtet wurde. Hieran hat der Beklagte jedoch - wie oben dargelegt zu Recht - nicht festgehalten.

Unter Berücksichtigung der zahlreichen in den Akten vorhandenen medizinischen Gutachten und unter Würdigung der Angaben des Klägers zu seiner beruflichen Tätigkeit ist es auch nicht zu beanstanden, wenn der Beklagte bei seiner im erstinstanzlichen Verfahren noch nach oben korrigierten Berechnung davon ausgeht, dass der Kläger im Durchschnitt seines Erwerbslebens um 10,08 % in seiner gesundheitlichen Fähigkeit, seine Berufstätigkeit auszuüben, eingeschränkt war. Der in § 9 Abs. 8 BSchAV eingeschlagene Weg zur Berechnung des Vergleichswertes ist nach Auffassung des BSG, dem der Senat folgt, bedenklich, weil der beschädigte Selbstständige zunächst mit einem gesunden Arbeitnehmer verglichen und erst dann dessen Arbeitsentgelt um den Anteil gemindert wird, "um den im Durchschnitt des Erwerbslebens die gesundheitliche Fähigkeit des Beschädigten, seine Berufstätigkeit auszuüben, eingeschränkt war". Solche Abschläge auf das Arbeitsentgelt kommen im Arbeitsleben nicht vor. Die vom Verordnungsgeber geforderte Schätzung dürfte Verwaltung und Tatsachengerichten auch mit Hilfe von Sachverständigen kaum möglich sein. Selbst Beschädigte mit einer MdE um 100 v. H. können erfahrungsgemäß den beruflichen Anforderungen gerecht werden und das volle Vergleichseinkommen erzielen oder sogar überschreiten (BSG Urteil v. 08.03.1995 - [9 RV 19/94](#), [SozR 3-3642 § 9 Nr. 3](#)). Das BSG schlägt insoweit vor, unabhängig von dem abstrakten MdE-Grad das trotz der Schädigung verbliebene Leistungsvermögen für eine bestimmte Tätigkeit einzuschätzen und das Entgelt für diese Tätigkeit als derzeitiges Bruttoeinkommen festzusetzen. Danach käme sogar in Betracht, das ermittelte erzielbare Einkommen nach der Gehaltsgruppe 7 der Tarifvertrages für den Groß- und Außenhandel im Fall der Klägers überhaupt nicht um einen auf einer schädigungsbedingten Einschränkung der Leistungsfähigkeit beruhenden Anteil zu kürzen, da der Kläger tatsächlich sogar durchgehend ein höheres Einkommen erzielt hat. Der Kläger selbst hat in der Vergangenheit eine Einschränkung seiner beruflichen Leistungsfähigkeit durch die Schädigungsfolgen erstmals im Mai 1983 nach der Aufgabe seines Gewerbebetriebes und der Verschimmerung der Schädigungsfolgen durch das Ereignis vom 09.04.1982 geltend gemacht. Erst ab diesem Zeitpunkt wurde ihm durch das Urteil des SG vom 12.07.1996 eine Rente unter Berücksichtigung einer bbB zugesprochen, da er nach dem orthopädischen Gutachten von Dr. S. vom 07.12.1983, das der Rentengewährung durch die BfA zu Grunde lag, seit diesem Ereignis keine Erwerbstätigkeit mehr verrichten konnte. Dass er vorher durch die Schädigungsfolgen nicht schwerwiegend beeinträchtigt war, ergibt sich, wie das SG auf S. 7 des angefochtenen Urteils zutreffend dargelegt hat, aus seinen eigenen Angaben gegenüber mehreren ärztlichen Gutachtern. Ergänzend ist zu erwähnen, dass er gegenüber Dr. W. am 25.09.1970 angegeben hat, er fahre im Monat 10.000 km Auto; er sei schon in 14 Stunden nach Bologna in einem durchgefahren. Ferner spricht der beträchtliche wirtschaftliche Erfolg des Klägers in der Vergangenheit dagegen, dass seine Fähigkeit zur Berufsausübung durch die Schädigungsfolgen vor dem 09.04.1982 durchschnittlich um mehr als 10,08 % eingeschränkt war.

Der Kläger erkennt bei seiner Berechnung auch, dass als fiktive Altersversorgung der nach § 9 Abs. 8 BSchAV ermittelte Vergleichswert und nicht ein Betrag in Höhe von 75 % des Vergleichswertes dem Vergleichseinkommen gegenüberzustellen ist. Es ist einzuräumen, dass die Vorschrift insoweit sprachlich nicht eindeutig ist. Die von einigen Ländern zunächst vertretene Auffassung, dass, falls das tatsächliche Alterseinkommen des Beschädigten nicht drei Viertel des Vergleichswertes erreicht, der Betrag, der dann als derzeitiges Bruttoeinkommen gilt, mit 75 v. H. des Vergleichswertes anzusetzen ist, entspricht nicht der Zielsetzung der Vorschrift (Rohr/Strässer,

Bundesversorgungsrecht mit Verfahrensrecht, § 30 BVG K 42). Dies hat das BSG mit Urteil vom 08.03.1995 - [9 RV 19/94](#) - mit für den Senat überzeugender Begründung entschieden. Wer als Selbständiger für sein Alter vorsorgt, den Versorgungsgrad eines vergleichbaren Arbeitnehmers (Vergleichswert) aber nicht erreicht, dem wird nicht sofort der Vorwurf unzureichender Altersversorgung gemacht. Deshalb werden geringfügige Lücken in der Altersversorgung Selbständiger durch einen höheren BSA noch ausgeglichen. Den Vorwurf unzureichender Altersversorgung erhebt der Verordnungsgeber erst, wenn der Vergleichswert um mehr als ein Viertel unterschritten wird. Solche Lücken werden durch Hinzurechnung des Fehlbetrages zwischen tatsächlichem Alterseinkommen und dem Vergleichswert mit der Folge geschlossen, dass kein höherer BSA zu zahlen ist.

Bei dem Vergleichswert handelt es sich um ein fiktives Alterseinkommen, wobei der Verordnungsgeber von einer maximal erreichbaren Altersversorgung in Höhe von 75 v.H. des letzten Arbeitsentgelts bei einem Berufsleben von 45 Jahren ausgeht. Bei 45 Berufsjahren und einem Alterseinkommen von 75 v.H. des letzten Arbeitsentgelts entfallen 1,67 v.H. auf jedes einzelne Berufsjahr. Der Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Erwerbsleben spielt dabei für die Anwendung des § 9 Abs. 8 BSchAV keine Rolle. Die Vorschrift ist auch bei Ausscheiden vor dem 65. Lebensjahr anzuwenden (Rohr/Strässer a.a.O. K 43). Da die Anzahl der Berufsjahre bei der Ermittlung des Vergleichswertes berücksichtigt wird, ergibt sich in diesen Fällen ebenfalls ein angemessener Vergleichswert. Dies gilt nach Überzeugung des Senats auch im Fall des Klägers, der im Alter von 58 Jahren aus dem Erwerbsleben ausgeschieden ist und bis 1990 zunächst eine Rente wegen Erwerbsunfähigkeit bezogen hat.

Da die Rente des Klägers jeweils weitaus geringer war als drei Viertel des Vergleichswertes (der fiktiven Altersversorgung) - sie betrug z.B. ab Juli 1984 DM 563,80 gegenüber DM 2.094,35 - war als derzeitiges Einkommen des Klägers bei der Berechnung des BSA der Vergleichswert anzusetzen. Ein auszugleichender Einkommensverlust ergibt sich dabei nach den zutreffenden Berechnungen des Beklagten nicht.

Für die Einholung eines orthopädischen Gutachtens zu der Frage, in welchen Zeiträumen seiner Erwerbstätigkeit und in welchem Umfang der Kläger bei der Ausübung seiner Erwerbstätigkeit durch die Schädigungsfolgen vor dem 09.08.1982 beeinträchtigt war, bestand für den Senat keine Veranlassung. Dieses Gutachten könnte nur nach Aktenlage erstellt werden, da es auf den aktuellen Gesundheitszustand des Klägers nicht ankommt. Die Entwicklung der schädigungsbedingten Beeinträchtigungen des Klägers vor dem Eintritt der Erwerbsunfähigkeit ist durch die bereits erwähnten Gutachten von Dr. S./Dr. N. sowie Dr. W. dokumentiert. Rückschlüsse lassen sich insbesondere auch aus dem orthopädischen Gutachten für die BfA von Dr. S. vom 07.12.1983 ziehen, wonach der Kläger angab, vor dem Ereignis vom 09.08.1982 "fast beschwerdefrei" gewesen zu sein. Dr. N. hat in seinen versorgungsärztlichen Stellungnahmen diese Gutachten ausgewertet und kam zuletzt zu dem den Senat überzeugenden Ergebnis, dass im Durchschnitt des Erwerbslebens eine Beeinträchtigung der beruflichen Leistungsfähigkeit um 10,08 v. H. anzunehmen war. Weitere Erkenntnisse, die diese Beurteilung in Frage stellen könnten, sind durch ein 25 Jahre später eingeholtes ärztliches Gutachten nicht zu erwarten.

Aus den genannten Gründen war die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Für die Zulassung der Revision bestand kein Anlass.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2007-10-26