

B 9 VS 1/09 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
9
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
B 9 VS 1/09 R
Datum
29.04.2010
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Ist das einem vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit selbstständig tätigen Beschädigten zustehende Versorgungskrankengeld "unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse" (§ 16b Abs 4 BVG) festzusetzen, sind der Berechnung jedenfalls die Kosten für einen tatsächlichen oder fiktiven Vertreter für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit zugrunde zu legen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Beschädigte aus der selbstständigen Tätigkeit langfristig einen Gewinn erwarten konnte.

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 9. September 2008 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landes- sozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Streitig ist die Gewährung von Versorgungskrankengeld (VKrG).

2

Der 1948 geborene Kläger war von Juli 1968 bis Juni 1980 als Soldat bei der Bundeswehr. Später war er - zuletzt bis zum 31.3.2004 - versicherungspflichtig beschäftigt. Anschließend übte er eine selbstständige Tätigkeit aus. Für die Zeit vom 15.4. bis 14.10.2004 gewährte ihm die Bundesagentur für Arbeit Überbrückungsgeld in Höhe von 19.170,30 Euro.

3

Ab 9.9.2004 war der Kläger arbeitsunfähig. Im selben Monat beantragte der Kläger Beschädigtenversorgung nach dem Soldatenversorgungsgesetz (SVG). Nach seinen Angaben erhielt er aus einer privaten Krankenversicherung ein monatliches Krankengeld (KrG) von etwa 2.000 Euro. Für die Zeit der Teilnahme an einer medizinischen Maßnahme zur Rehabilitation vom 12.10. bis 9.11.2004 gewährte der zuständige Rentenversicherungsträger, Deutsche Rentenversicherung (DRV) Bund, dem Kläger Übergangsgeld (Übg) in Höhe von täglich 92,48 Euro.

4

Mit Bescheid vom 16.2.2005 erkannte das beklagte Land - unter Hinweis auf den Erstbescheid der Wehrbereichsverwaltung West vom 21.12.2004 - "Prostataerkrankung im Stadium der Heilungsbewährung, Verlust von Prostatagewebe; Harninkontinenz" als Folgen einer Wehrdienstbeschädigung mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit um 80 vH nach § 30 Abs 1 Bundesversorgungsgesetz (BVG) an. Zur Prüfung eines Anspruchs des Klägers auf VKrG zog der Beklagte den den Kläger betreffenden Einkommensteuerbescheid 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. Mit Bescheid vom 21.3.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.8.2005 lehnte er die Gewährung von VKrG ab, weil der Kläger vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit (AU) keinen Gewinn erzielt habe und auch nicht erkennbar sei, dass er ohne die AU im weiteren Verlauf seiner selbstständigen Tätigkeit Gewinne erzielt hätte.

5

Klage und Berufung des Klägers haben keinen Erfolg gehabt (Urteile des Sozialgerichts Itzehoe (SG) vom 4.4.2007 und des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts (LSG) vom 9.9.2008). Das LSG hat seine Entscheidung im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gestützt:

Das VKrG des Klägers könne nicht nach der Regelung zur Kontinuität der Bemessungsgrundlage in § 16d BVG auf der Grundlage des ÜbG berechnet werden, das dem Kläger vom Träger der gesetzlichen Rentenversicherung für die Zeit der Teilnahme an einer medizinischen Maßnahme zur Rehabilitation vom 12.10. bis 9.11.2004 gewährt worden sei. Vielmehr komme allein eine Ermittlung des Regelentgelts "unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse" nach § 16b Abs 4 BVG in Betracht. Da das VKrG im Grundsatz den wirtschaftlichen Schaden während der AU ausgleichen solle, habe sich auch die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "Gesamtverhältnisse" an dieser Zielrichtung zu orientieren. Dabei sei der bei einem Selbstständigen auszugleichende wirtschaftliche Schaden umfassend zu verstehen. Der Anspruch auf ein VKrG hänge danach nicht ausnahmslos davon ab, dass vor der Schädigungsbedingten AU ein Gewinn aus selbstständiger Tätigkeit nachgewiesen sei. Insbesondere im Aufbaustadium einer selbstständigen Existenz werde der Wert der geleisteten Arbeit eines Selbstständigen oft erst in einem Gewinn deutlich, der sich nach Monaten oder Jahren zeige. Vorauszusetzen sei jedoch, dass wenigstens langfristig ein Gewinn aus der der Bemessung zugrunde liegenden selbstständigen Tätigkeit zu erwarten sei. Dafür gebe es vorliegend keine konkreten Anhaltspunkte.

6

Es ergäben sich bereits Schwierigkeiten bei der Feststellung von Art, Inhalt und Umfang der Tätigkeit des Klägers in der Zeit vor Eintritt der AU. Gegenüber dem beklagten Land und im vorliegenden Gerichtsverfahren habe der Kläger seine Tätigkeit zunächst ausschließlich mit "Pharmareferent" angegeben. Dagegen habe er gegenüber der Bundesagentur für Arbeit bei seinem Antrag auf Gewährung von Überbrückungsgeld seine Tätigkeit umfassender als "Marketingberater" bezeichnet und ausgeführt, dass es sich um die Gründung eines Unternehmens für Beratung, Marketing und Vertrieb sicherheitstechnischer und medizintechnischer Geräte sowie gesundheitsorientierter Produkte handele. Dazu seien drei Geschäftsbereiche geschildert worden, nämlich elektronisches Fahrradcodiersystem, Medizintechnik und Magnetfeldtherapiegeräte.

7

Wie aus der vom Kläger vorgelegten Übersicht von Einnahmen und Ausgaben im Jahre 2004 hervorgehe, hätten sich seine finanziellen Erwartungen nicht erfüllt. In den Monaten bis zum Eintritt der AU im September 2004 habe er überhaupt keine Erlöse aus betrieblicher Tätigkeit erzielt. Darüber hinaus ließen auch die Betriebsausgaben, die zum überwiegenden Teil aus Abschreibungen bestünden, nicht den Schluss auf eine intensive Geschäftstätigkeit zu. Die größten Rechnungsposten stellten die Zahlung der Umsatzsteuer im April 2004 sowie die fast identische Erstattung der Umsatzsteuer im Juli 2004 dar. Der Eindruck, den die im Verwaltungsverfahren vorgelegte betriebswirtschaftliche Auswertung vermittele, werde durch die im Berufungsverfahren vorgelegten umfangreichen Unterlagen des Klägers nicht widerlegt. Zwar gehe daraus hervor, dass der Kläger Konzepte erstellt und auch Handelsvertreterverträge abgeschlossen habe. Es werde aber nicht deutlich, in welchem Umfang er auf dieser Grundlage tatsächliche Aktivitäten entfaltet habe. Jedenfalls hätten die möglichen Aktivitäten des Klägers in den etwa fünf Monaten bis zum Eintritt der AU nicht nur zu keinem Gewinn, sondern auch zu keinen Erlösen geführt, und es gebe auch keine konkreten Hinweise dafür, dass sich dies ohne den Eintritt der AU in absehbarer Zeit geändert hätte.

8

Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung geltend gemacht habe, dass aufgrund schlechter Zahlungsmoral gewisse Zeiträume von der Rechnungserstellung bis zur endgültigen Zahlung zu berücksichtigen seien, habe sich dieses Vorbringen als unzutreffend erwiesen, denn die einzige Rechnung, die er habe vorlegen können, sei die über den Verkauf eines Wehenschreibers unter dem Rechnungsdatum vom 9.12.2004 gewesen. Der Kläger habe dagegen keine nicht bezahlten oder verspätet bezahlten Rechnungen aus der Zeit vor Eintritt der AU vorlegen können. Selbst wenn es naheliegend erscheine, dass dem Verkauf des Wehenschreibers Aktivitäten des Klägers aus der Zeit vor Eintritt der AU zugrunde gelegen hätten, so lasse sich daraus nicht herleiten, dass der Kläger wenigstens langfristig mit einem Gewinn aus der begonnenen selbstständigen Tätigkeit habe rechnen können. Dass sich seine Erwartungen aus dem Vertrieb des Bikefinder-Mikrochips nicht erfüllt hätten, habe der Kläger in der mündlichen Berufungsverhandlung nachvollziehbar geschildert und dargelegt, dass er weder bei der Polizei noch bei den Versicherungsunternehmen auf erkennbares Interesse gestoßen sei.

9

Nach alledem könne ein Regelentgelt, auf dessen Grundlage ein VKrG berechnet werden könnte, nicht ermittelt werden.

10

Mit seiner vom Bundessozialgericht (BSG) zugelassenen Revision macht der Kläger ua geltend: Das LSG habe zu Unrecht aus der vorliegenden Rechtsprechung des BSG den Schluss gezogen, dass es bei Fehlen aktueller Einnahmen des noch in der Aufbauphase befindlichen Selbstständigen insbesondere auf die positive wirtschaftliche Weiterentwicklung des Unternehmens als Voraussetzung für die Gewährung von VKrG ankomme. Eine derartige Gewinnprognose sei nicht sachgerecht, weil sie sich jedenfalls in seinem Falle als äußerst schwierig darstelle. Daher stehe ihm unabhängig davon ein Anspruch auf VKrG unter Heranziehung der Kosten eines fiktiven Vertreters als Regelentgelt zu. Sollte es dagegen dennoch auf die fiktive weitere wirtschaftliche Entwicklung seiner selbstständigen Existenz ankommen, sei die von der Vorinstanz vorgenommene Einschätzung diesbezüglich verfahrensfehlerhaft erfolgt, weil dem Berufungssenat eigene Sachkunde der Branche und der speziellen Marktchancen eines selbstständigen Pharmareferenten wie auch der Vertriebschancen bei dem Produkt Bikefinder ohne Heranziehung eines Sachverständigen offenbar gefehlt habe. Jedenfalls sei er (der Kläger) vorher nicht zum Bestehen einer entsprechenden Sachkunde der Richter angehört worden.

11

Der Kläger beantragt sinngemäß, die Urteile des Schleswig-Holsteinischen LSG vom 9.9.2008 und des SG Itzehoe vom 4.4.2007 sowie den Bescheid des Beklagten vom 21.3.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.8.2005 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, ihm VKrG für die Zeit vom 9.9. bis 31.12.2004 auf der Grundlage eines Regelentgelts zu gewähren, das sich an den Kosten für einen fiktiven Vertreter orientiert.

12

Der Beklagte beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen.

13

Zur Begründung nimmt er auf das angefochtene Urteil Bezug.

14

Beide Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt ([§ 124 Abs 2 SGG](#)).

II

15

Die Revision des Klägers ist zulässig. Sie ist im Sinne einer Aufhebung des angefochtenen Urteils und einer Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Die berufsgerichtlichen Tatsachenfeststellungen reichen nicht aus, um die Sache abschließend zu entscheiden.

16

Der Anspruch des Klägers auf VKrG richtet sich zunächst nach § 80 Satz 1 SVG idF vom 9.4.2002 ([BGBl I 1258](#)). Danach erhält ein Soldat, der eine Wehrdienstbeschädigung erlitten hat, nach Beendigung des Wehrdienstverhältnisses wegen der gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen der Wehrdienstbeschädigung auf Antrag Versorgung in entsprechender Anwendung der Vorschriften des BVG, soweit im SVG nichts Abweichendes bestimmt ist. Diese Voraussetzungen liegen beim Kläger vor. Durch Bescheid des Beklagten vom 16.2.2005 sind bei ihm Folgen einer Wehrdienstbeschädigung anerkannt worden. Die ihm damit auf seinen Antrag zustehende Versorgung umfasst nach dem insoweit entsprechend anwendbaren § 9 Nr 1 BVG ua auch Heilbehandlung (§§ 10 bis 24a BVG). Dazu gehört auch VKrG iS der §§ 16 ff BVG (vgl dazu allgemein BSG, Urteil vom 30.9.2009 - [B 9 VS 3/09 R](#) - juris RdNr 28, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen).

17

Nach dem hier einschlägigen § 16 Abs 1 Buchst a BVG idF vom 30.11.2000 ([BGBl I 1638](#)) wird VKrG nach Maßgabe der folgenden Vorschriften ua Beschädigten gewährt, wenn sie wegen einer Gesundheitsstörung, die als Folge einer Schädigung anerkannt ist oder durch eine anerkannte Schädigungsfolge verursacht ist, arbeitsunfähig im Sinne der Vorschriften der gesetzlichen Krankenversicherung werden. Nach der Rechtsprechung des BSG zur gesetzlichen Krankenversicherung ist AU gegeben, wenn der Versicherte seine bisherige Erwerbstätigkeit wegen einer Krankheit nicht mehr verrichten kann (vgl dazu BSG, aaO RdNr 42 mwN). Auch bei der entsprechenden Anwendung dieses Grundsatzes im sozialen Entschädigungsrecht ist - bei Fehlen abweichender Regelungen - zu verlangen, dass es sich bei der Tätigkeit, die aus Gesundheitsgründen nicht mehr verrichtet werden kann, um eine Erwerbstätigkeit handeln muss (BSG, aaO RdNr 43).

18

Der Senat geht davon aus, dass der Kläger gemessen an diesen Kriterien im streitigen Zeitraum wegen seiner anerkannten Schädigungsfolgen arbeitsunfähig war. Dazu hat das LSG allerdings selbst keine Tatsachenfeststellungen getroffen. Soweit es (S 11 seines Urteils) auf die Entscheidungsgründe des SG Bezug genommen hat ([§ 153 Abs 2 SGG](#)), bezieht sich dies ausdrücklich nur auf die Zugrundelegung des § 16b Abs 4 BVG für die Berechnung des Regelentgelts. Selbst wenn man diese Bezugnahme weiter verstehen könnte (zu dem insoweit geltenden Bestimmtheitsgebot vgl allerdings BSG [SozR 3-1500 § 142 Nr 1 S 3](#)), enthielte auch das erstinstanzliche Urteil selbst keine verwertbaren Tatsachenfeststellungen zu diesem Punkt. Vielmehr hat das SG in seinen Entscheidungsgründen (S 6) zum Ausdruck gebracht, dass es insoweit der Begründung des angefochtenen Bescheides des Beklagten vom 21.3.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.8.2005 folge ([§ 136 Abs 3 SGG](#)). Darin wird ausgeführt, dass der Kläger seit dem 9.9.2004 aufgrund der mit Bescheid vom 16.2.2005 anerkannten Folgen einer Wehrdienstbeschädigung arbeitsunfähig sei. Angesichts der Schwere der beim Kläger anerkannten Gesundheitsstörungen ist nicht ersichtlich, dass diese Beurteilung unzutreffend sein könnte.

19

Steht dem Kläger mithin dem Grunde nach VKrG zu, bleibt zu prüfen, in welcher Höhe ihm diese Leistung zu gewähren ist. Grundsätzlich beträgt das VKrG nach § 16a Abs 1 BVG idF vom 6.4.1998 ([BGBl I 688](#)) 80 vH des erzielten regelmäßigen Entgelts (Regelentgelt) und darf das entgangene regelmäßige Nettoarbeitsentgelt nicht übersteigen.

20

Eine Sonderregelung trifft insoweit § 16d BVG. Danach ist bei der Berechnung des VKrG von dem bisher zugrunde gelegten Entgelt auszugehen, wenn der Berechtigte von einem anderen Rehabilitationsträger KrG, Verletztengeld oder Übg bezogen hat und ihm im Anschluss daran VKrG nach den §§ 16 bis 16f BVG zu gewähren ist. Diese Vorschrift greift hier - wie das LSG zutreffend erkannt hat - nicht ein. Zunächst besteht ein Anspruch des Klägers auf VKrG dem Grunde nach bereits ab 9.9.2004, während er erst ab 12.10.2004 Übg von der

DRV Bund erhalten hat. Insofern schließt also der Anspruch auf VKrG nicht an einen Übg-Bezug an, sondern geht ihm voraus. Auch für die Zeit nach Beendigung des Übg (am 9.11.2004) lässt sich die Berechnung des VKrG nicht auf § 16d BVG stützen. Denn zum 10.11.2004 ist kein neuer VKrG-Anspruch entstanden; vielmehr ist dieser für die Zeit des Übg-Bezuges bestehen geblieben. Ein zahlbares VKrG wäre lediglich gemäß § 16f Abs 3 Nr 1 BVG um den (um gesetzliche Abzüge verminderten) Betrag von Geldleistungen (wie dem Übg) zu kürzen, die eine öffentlich-rechtliche Stelle im Zusammenhang mit der Heil- und Krankenbehandlung oder Badekur gewährt hat.

21

Die auf abhängig Beschäftigte zugeschnittene Regelung des § 16a BVG wird durch § 16b BVG ergänzt, der - soweit hier von Interesse - in der vom 1.7.1990 bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung des Gesetzes über die neunzehnte Anpassung der Leistungen nach dem BVG sowie zur Änderung weiterer sozialrechtlicher Vorschriften (KOV-Anpassungsgesetz 1990 - KOVAnpG 1990) vom 26.6.1990 ([BGBl I 1211](#)) wie folgt lautet:

(1) Hat der Berechtigte unmittelbar vor Eintritt der AU Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft ([§§ 13 bis 14 Einkommensteuergesetz \(EStG\)](#)), Gewerbebetrieb ([§ 15 bis 17 EStG](#)) oder aus selbstständiger Arbeit ([§ 18 EStG](#)) erzielt, ist § 16a entsprechend anzuwenden.

(2) Bemessungszeitraum ist das letzte Kalenderjahr, für das ein Einkommensteuerbescheid vorliegt. Das VKrG ist für Kalendertage zu zahlen. Als Regelentgelt gelten die Gewinne, die der Veranlagung zur Einkommensteuer zugrunde gelegt worden sind. Ein Verlustausgleich zwischen einzelnen Einkommensarten ist nicht vorzunehmen

(3) Findet eine Veranlagung zur Einkommensteuer nicht statt, ist Bemessungszeitraum das letzte vor Beginn der AU abgelaufene Kalenderjahr, für das der Berechtigte die Gewinne nachweisen kann; die nachgewiesenen Gewinne gelten als Regelentgelt.

(4) Kann ein Regelentgelt nach Abs 2 oder 3 nicht festgestellt werden oder ergibt ein nach Abs 2 oder 3 festgestelltes Regelentgelt wegen wesentlicher Änderungen nach Ende des Bemessungszeitraumes oder aus anderen Gründen keinen angemessenen Maßstab für den Einkommensverlust, so ist das Regelentgelt unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse festzusetzen.

22

Zu Recht sind der Beklagte und die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall für die Bemessung des Regelentgelts § 16b Abs 4 BVG maßgebend ist. Abs 2 dieser Vorschrift ist nicht einschlägig, weil der letzten Veranlagung zur Einkommensteuer (Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2003) keine Gewinne aus Gewerbebetrieb bzw selbstständiger Arbeit (vgl [§ 2 Abs 2 Satz 1 Nr 1 EStG](#)) zugrunde gelegt worden sind. Ebenso wenig führt § 16b Abs 3 BVG weiter, weil auch im letzten vor Beginn der AU abgelaufenen Kalenderjahr (2003) noch keine selbstständige (gewerbliche) Tätigkeit verrichtet worden ist. Ein Nachweis von Gewinnen ist demnach insoweit schon aus diesem Grunde unmöglich.

23

Das Regelentgelt des Klägers ist somit "unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse" festzustellen. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von der Rechtsprechung auszufüllen ist (aa zur Vorgängervorschrift des § 16b Abs 1 Satz 10 BVG idF des Gesetzes vom 7.8.1974, [BGBl I 1881](#), Marburger, ZfS 1975, 175, 178, der insoweit von einer "Ermessensangelegenheit der Versorgungsbehörde" spricht). Dabei kann der Senat auf die Rechtsprechung des BSG zu § 16b Abs 1 Sätze 9 und 10 BVG in der bis zum 30.6.1990 geltenden Fassung zurückgreifen. Diese Sätze lauteten - seit dem Gesetz vom 7.8.1974 ([BGBl I 1881](#)) - wie folgt:

Findet eine Veranlagung zur Einkommensteuer nicht statt, so hat der Berechtigte die Gewinne nachzuweisen. Ist er hierzu nicht in der Lage, so sind die Gewinne unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse festzusetzen.

24

Diese Regelung wurde durch Art 1 Nr 3 Buchst d KOVAnpG 1990 ausgebaut und durch die in § 16b BVG neu eingefügten Abs 3 und 4 ersetzt. Zur Begründung heißt es dazu in der Beschlussempfehlung und im Bericht des Ausschusses des Deutschen Bundestages für Arbeit und Sozialordnung ([BT-Drucks 11/7097, S 21](#)):

Die Änderungen zu § 16b sollen bei Selbstständigen, deren Einkommen sich nach Ende des Bemessungszeitraumes wesentlich geändert hat, die Feststellung eines zeitnahen und angemessenen Regelentgelts ermöglichen. Eine genauere Regelung für alle denkbaren Fälle ist allerdings nicht möglich. Deswegen ist in Abs 4 nur in allgemeiner Form die Festsetzung des Regelentgelts "unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse" vorgesehen (vgl die Formulierung im bisherigen Abs 1 Satz 10). Als möglicher Maßstab für den aktuellen Einkommensverlust und damit als Anhaltspunkt für die Festsetzung des Regelentgelts kommen zB in Frage:

Das - bisher im Gesetz nur für bestimmte Fälle als Berechnungsgrundlage vorgesehene - Durchschnittseinkommen der Berufs- und Wirtschaftsgruppe, der der Berechtigte angehört, oder - der Rechtsprechung folgend - das Einkommen von ähnlich tätigen Angestellten oder in geeigneten Fällen tatsächliche oder fiktive Aufwendungen für einen während der AU einzusetzenden Vertreter. Die geltenden Verwaltungsvorschriften zu § 16b können weiterhin angewendet werden.

25

Dadurch kommt - worauf der Kläger zu Recht hinweist - deutlich genug zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber mit dieser Neuregelung auch an die vorliegende Rechtsprechung des BSG anknüpfen wollte. Dementsprechend ist bei der Auslegung des § 16b Abs 4 BVG von folgenden Grundsätzen auszugehen:

26

Der Gesetzgeber wollte mit § 16b BVG den Schwierigkeiten und Besonderheiten Rechnung tragen, die eine Bestimmung des Regelentgelts bei Selbstständigen mit sich bringt. Ziel war es dabei, eine praktikable Regelung zu treffen, die eine möglichst schnelle Entscheidung über die Höhe des VKrG ermöglicht. Denn das VKrG ist mit Beginn der AU fällig und soll seiner Zweckbestimmung entsprechend, während der AU die wirtschaftliche Basis des Berechtigten aufrechtzuerhalten, möglichst sofort gezahlt werden (vgl dazu BSG [SozR 3100 § 16b Nr 3](#) S 9; BSG [SozR 3100 § 16b Nr 4](#) S 16). Folglich dürfen bei der Festsetzung des Regelentgelts nur Beweismittel verwertet werden, die vorliegen oder zumindest ohne größeren Zeitaufwand sofort beschafft werden können (BSG [SozR 3100 § 16b Nr 3](#) S 9). Die Einholung eines umfangreichen Sachverständigengutachtens scheidet somit von vornherein aus (vgl dazu BSG, Urteil vom 10.8.1983 - [9a RV 7/82](#) - juris RdNr 12 f).

27

Folglich hat das BSG angenommen, dass die Festsetzung des Regelentgelts (damals noch des Gewinns) nach den Gesamtverhältnissen eine Schätzung des durch die AU verursachten wirtschaftlichen Schadens ermöglicht (vgl BSG, aaO RdNr 15; ebenso BSG [SozR 3100 § 16b Nr 4](#) S 15). Zwar orientiert sich diese Schätzung nach der gesetzgeberischen Konzeption in erster Linie an der Einkommenslage vor der AU (vgl § 16b Abs 2 und 3 BVG). Darauf kann jedoch gerade bei Unternehmen in der Aufbauphase - wie hier - nicht zurückgegriffen werden, weil insoweit keine über Jahre in etwa konstante Einkommenssituation vorliegt, die für die Zeit der AU hypothetisch fortgeschrieben werden könnte (vgl dazu BSG [SozR 3100 § 16b Nr 4](#) S 16). Der Wert der ausgefallenen Arbeitskraft eines Selbstständigen erweist sich gerade in solchen Fällen unter Umständen erst nach Jahren (vgl BSG [SozR 3100 § 16b Nr 3](#) S 12). Die Schätzung ist dann allgemein darauf gerichtet, dem selbstständigen Beschädigten für den zeitweisen Ausfall seiner Arbeitsfähigkeit eine angemessene Entschädigung zu geben (vgl dazu BSG [SozR 3100 § 16b Nr 3](#) S 12 f). Als sachgerechte Bemessungsgröße hat das BSG insoweit die Kosten eines tatsächlichen oder fiktiven Vertreters angenommen (vgl BSG [SozR 3100 § 16b Nr 4](#) S 19 f).

28

Entgegen der Auffassung des LSG kommt eine solche Vorgehensweise nicht nur dann in Betracht, wenn wenigstens langfristig ein Gewinn aus der der Bemessung zugrunde liegenden selbstständigen Tätigkeit zu erwarten ist. Der Senat hat in der vom LSG zitierten Entscheidung (BSG [SozR 3100 § 16b Nr 3](#) S 12) lediglich ausgeführt, es bestehe kein einleuchtender Grund, VKrG dann zu versagen, wenn der Berechtigte zwar vor der AU als Selbstständiger Einnahmen erzielt habe, aber keinen Gewinn nachweisen könne. Dies gelte "jedenfalls" dann, wenn kein Anhalt dafür bestehe, dass der Selbstständige auch ohne langfristig zu erwartenden Gewinn arbeite. Soweit durch diese Formulierung der Eindruck erweckt worden ist, die Gewährung von VKrG solle von einer langfristigen Gewinnprognose abhängig gemacht werden, stellt der Senat jetzt klar, dass er ein derartiges Kriterium schon deshalb nicht für sachgerecht hält, weil sich eine langfristige Prognose grundsätzlich nur mit sachverständiger Hilfe erstellen lässt. Eine derartige zeitraubende Beweiserhebung ist im Rahmen des § 16b BVG gerade nicht angebracht.

29

Um den Wert der durch die AU ausgefallenen Arbeitskraft des selbstständigen Beschädigten an den Kosten eines fiktiven Vertreters orientieren zu können, sind allerdings die berufliche Qualifikation des Beschädigten und die von diesem in der Zeit vor der AU entwickelten beruflichen Aktivitäten möglichst genau festzustellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Zweifel bestehen, ob der Beschädigte überhaupt in nennenswertem Umfang erwerbstätig gewesen ist. Die bloße Anmeldung eines Gewerbes reicht insoweit jedenfalls nicht aus.

30

Da das LSG seiner Entscheidung eine andere Rechtsauffassung zugrunde gelegt hat, sind von ihm zu den vom Senat als maßgeblich angesehenen Punkten keine hinreichenden Feststellungen getroffen worden. Durch [§ 163 SGG](#) ist der Senat gehindert, ergänzende Ermittlungen selbst anzustellen. Aus diesem Grunde ist das Berufungsurteil nach [§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#) aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen. Dieses Gericht wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2010-08-17