S 33 VE 50/13

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Berlin-Brandenburg
Sachgebiet	Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht
Abteilung	11.
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Soziales Entschädigungsrecht Opferentschädigung Zugunstenverfahren Berufsschadensausgleich „Hätte-Beruf“ Vergleichseinkommen Selbständig Tätiger Wert der eigenen Arbeitsleistung Graveurmeister Waffengraveur Teilaufhebung Vertrauensschutz
Leitsätze	1. Der Berufsschadensausgleich für einen selbständig Tätigen bemisst sich nicht nach der Differenz zwischen dem, was er als gesunder Selbständiger wahrscheinlich verdienen würde und dem, was er als beschädigter Selbständiger tatsächlich verdient. Maßgebend ist vielmehr, wie er seine berufliche Arbeitskraft als Unselbständiger auf dem Arbeitsmarkt verwerten könnte – einerseits als Gesunder, andererseits als Geschädigter. 2. Wie für das Vergleichseinkommen ist auch für das derzeitige Einkommen beschädigter Selbständiger eine relativ feste Größe zugrunde zu legen. Die Verordnung, die vom Wert der eigenen Arbeitsleistung des Selbständigen spricht, meint daher den Wert des Leistungsvermögens. Es ist damit keine grundsätzlich andere Bewertung gemeint, als diejenige, die § 5 BSchAV für die Festlegung des Vergleichseinkommens verlangt. Auch das derzeitige Einkommen

	eines Selbständigen ist eine Vergleichsgröße. Es ist das Einkommen, das der individuell Beschädigte als Bewerber um eine unselbständige Berufsstellung wahrscheinlich erzielen würde. Daher ist es unmaßgeblich, wenn sich der Betroffene bei an sich höherem Wert seines Leistungsvermögens eine ganz bestimmte Tätigkeit aussucht, die aus nicht schädigungsbedingten Gründen schlecht bezahlt ist.
Normenkette	BVG § 30 Abs. 3 BVG § 30 Abs. 4 BVG § 30 Abs. 5 BVG § 30 Abs. 13 BVG § 87 Abs. 1 BSchAV § 2 Abs. 1 Satz 1 BSchAV § 5 BSchAV § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB X § 44 SGB X § 45 Abs. 2 SGB X § 48 Abs. 1 Satz 1

1. Instanz

Aktenzeichen	S 33 VE 50/13
Datum	09.08.2016

2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 VE 58/16
Datum	18.02.2021

3. Instanz

Datum	-

Auf die Berufung des KlÃ¤gers wird das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 9. August 2016 geÃ¤ndert.

Â

Der Bescheid des Beklagten vom 1. Oktober 2012 in der Fassung des Bescheides vom 10. Januar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. April 2013 wird aufgehoben, soweit der Beklagte mit ihm den Berufsschadensausgleich ab dem 1. November 2012 bis zum 30. Juni 2013 teilweise aufgehoben hat.

Â

Im Ãbrigen wird die Berufung zurÃ¼ckgewiesen.

Â

Der Beklagte hat dem KlÃ¤ger ein FÃ¼nftel von dessen auÃergerichtlichen Kosten fÃ¼r den gesamten Rechtsstreit zu erstatten.

Â

Die Revision wird nicht zugelassen.

Â

Â

Tatbestand

Â

Der KlÃ¤ger begehrt einen hÃ¶heren Berufsschadensausgleich (BSA) im ÃberprÃ¼fungsverfahren.

Â

Der 1957 geborene KlÃ¤ger war am 14. Januar 2000 in einer GaststÃ¤tte vonÂ K (K) tÃ¤tlich angegriffen worden. Dabei hatte K versucht, dem KlÃ¤ger ins Gesicht zu schlagen, der den Schlag abgeblockt und dadurch eine Verletzung der linken Schulter erlitten hatte. Auf einen Antrag des KlÃ¤gers auf Versorgung nach dem OpferentschÃ¤digungsgesetz (OEG) hatte der Beklagte bei dem Versorgungsarzt Dr. S ein versorgungsÃ¤rztlich-orthopÃ¤disches Gutachten vom 17. Dezember 2001 eingeholt, der zur Anerkennung als SchÃ¤digungsfolge eine LÃ¤sion der Muskelsehnen des linken Schultergelenkes mit Restbeschwerden nach Prellung vorgeschlagen hatte, die nach seiner EinschÃ¤tzung mit dem Grad der Minderung der ErwerbsfÃ¤higkeit (MdE) von 10 v. H. zu bewerten sei. Durch den Beruf des KlÃ¤gers komme es immer wieder infolge der dabei eingenommenen zwanghaften KÃ¶rperhaltungen zu Reizungen unterschiedlicher AusprÃ¤gung, so dass eine berufliche Betroffenheit anzunehmen sei, die den Grad der MdE auf 20 v. H. erhÃ¶he. Mit bestandskrÃ¤ftigem Bescheid vom 4. Januar 2002 hatte der Beklagte als durch schÃ¤digende Einwirkungen im Sinne des Â§ 1 OEG hervorgerufene SchÃ¤digungsfolge eine LÃ¤sion der Muskelsehnen des linken Schultergelenkes mit Restbeschwerden nach Prellung anerkannt. Der Grad der MdE betrage unter 25 v. H., ein Rentenanspruch bestehe daher nicht.

Â

Der KlÃ¤ger, der nach eigenen Angaben im Versorgungsantrag als selbstÃ¤ndiger Graveurmeister und KÃ¼nstler tÃ¤tig gewesen war, hatte von dem Beklagten unter anderem Versorgungskrankengeld vom 17. Januar bis 28. April 2000 in

GesamthÃ¶he von knapp 1.000,- Euro erhalten.

Â

Am 4. Dezember 2007 beantragte der KlÃ¤ger bei dem Beklagten eine PrÃ¼fung der Verschlimmerung seines Gesundheitszustandes und AnsprÃ¼che nach Â§ 30 des Bundesversorgungsgesetzes (BVG). Ihm sei kÃ¶rperlich eine nur eineinhalb bis drei Stunden zusammenhÃ¤ngende berufliche TÃ¤tigkeit mÃ¶glich, sechs Stunden Arbeitszeit seien nur in selbstÃ¤ndiger Regie Ã¼ber den gesamten Tag gestreckt mÃ¶glich. UmschulungsmÃ¶glichkeiten existierten nicht, eine betriebliche Umsetzung sei in seinem Fall nicht mÃ¶glich. Eine Berufsfindung im BerufsfÃ¶rderungswerkÂ sei aus medizinischen GrÃ¼nden abgebrochen worden. Der KlÃ¤ger fÃ¼gte seinem Antrag medizinische Unterlagen und ein Schreiben der Bundesversicherungsanstalt fÃ¼r Angestellte (BfA) vom 13. Dezember 2004 vor, in dem die BfA im Gerichtsverfahren SÂ RAÂ festgestellt hatte, dass die ErwerbsfÃ¤higkeit des KlÃ¤gers im Beruf Graveurmeister im Sinne des Â§ 10 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch erheblich gefÃ¤hrdet/gemindert sei. Die BfA hatte sich weiter verpflichtet, Ã¼ber den Antrag des KlÃ¤gers auf Teilhabe zum Arbeitsleben zu gegebener Zeit erneut durch widerspruchsfÃ¤higen Bescheid zu entscheiden. Zur Bewilligung von Leistungen zur Teilhabe kam es in der Folge nicht.

Â

Mit Bescheid vom 20. Januar 2009 lehnte der Beklagte den Antrag des KlÃ¤gers nach medizinischen Ermittlungen ab. Die anerkannte SchÃ¤digungsfolge sei mit einem Grad der SchÃ¤digungsfolgen (GdS) von 10 zu bewerten. Auf den hiergegen erhobenen Widerspruch holte der Beklagte bei dem Chirurgen Dr. B ein fachchirurgisches KausalitÃ¤tsgutachten vom 5. Oktober 2009 ein, der vorschlug, als SchÃ¤digungsfolge nach dem OEG LÃ¤sionen der Muskelsehnen des linken Schultergelenkes mit Restbeschwerden nach Prellung und zunehmender BewegungseinschrÃ¤nkung des linken Schultergelenkes und des linken SchultergÃ¼rtels anzuerkennen. Diese seien mit einem GdS von 20 zu bewerten, durch die Annahme einer besonderen beruflichen Betroffenheit erhÃ¶he sich der GdS auf 30.

Â

Mit Teilabhilfebescheid vom 28. Oktober 2009 erkannte der Beklagte mit Wirkung ab dem 1. Dezember 2007 als SchÃ¤digungsfolge nach dem OEG LÃ¤sionen der Muskelsehnen des linken Schultergelenkes mit Restbeschwerden nach Prellung und zunehmender BewegungseinschrÃ¤nkung des linken Schultergelenkes und des linken SchultergÃ¼rtels an. Der GdS hierfÃ¼r betrage gemÃ¤Ã Â§ 30 Abs. 1 BVG 20; es liege zudem eine besondere berufliche Betroffenheit im Sinne des Â§ 30 Abs. 2 BVG vor, so dass der GdS insgesamt mit 30 zu bewerten sei. Ãber die GewÃ¤hrung eines BSA ergehe eine gesonderte Entscheidung.

Â

Zur PrÃ¼fung des Anspruchs auf BSA Ã¼bermittelte der KlÃ¤ger dem Beklagten eine ErklÃ¤rung Ã¼ber seine persÃ¶nlichen und wirtschaftlichen VerhÃ¤ltnisse ab dem 1. Dezember 2007. Ausweislich eines Einkommensteuerbescheides hatte der KlÃ¤ger 2007 10.654,- Euro EinkÃ¼nfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Im Jahr 1998 hatten die entsprechenden EinkÃ¼nfte 17.173,- DM betragen, im Jahr 1999 -4.236,- DM, 2008 24.481,- Euro. Zum schadensbedingten Einkommensverlust erklÃ¤rte der KlÃ¤ger, die internationale Anerkennung seiner TÃ¤tigkeit vor allem als Waffengraveur sei etwa mit dem Schadensereignis zusammengefallen. Trotz der mit dieser Anerkennung verbundenen hervorragenden spezifischen Marktposition habe er keine erheblichen GewinnzuwÃ¤chse erzielen kÃ¶nnen, wie es ihm ohne den Gesundheitsschaden mÃ¶glich gewesen wÃ¤re. Der KlÃ¤ger legte bezÃ¼glich seiner beruflichen Qualifikation unter anderem ein Facharbeiterzeugnis vom 31. Dezember 1975 Ã¼ber den erfolgreichen Abschluss des Ausbildungsberufes Graveur mit Spezialisierung Jagdwaffen sowie ein MeisterprÃ¼fungszeugnis der HandwerkskammerÂ vom 30. April 1994 vor, wonach er die MeisterprÃ¼fung als Graveur bestanden hatte. Weiter legte er eine BestÃ¤tigung der Graveur- und Metallbildner-InnungÂ vom 19. Mai 2006 vor, wonach auch in Ansehung einer Ã¼ber 30-jÃ¤hrigen Berufserfahrung des KlÃ¤gers dieser in Lohngruppe 6 gemÃ¤Ã Tarif einzustufen sei. Ausweislich eines ebenfalls vorgelegten und ab April 2006 gÃ¼ltigen Manteltarifvertrages des Bundesinnungsverbandes der Galvaniseure, Graveure und Metallbildner betrug das monatliche Gehalt eines Angestellten in Lohngruppe 6 nach dem dritten BeschÃ¤ftigungsjahr 4.324,- Euro.

Â

Der Beklagte ermittelte den BSA nach MaÃgabe der Berufsschadensausgleichsverordnung (BSchAV) wie folgt: Er stufte den KlÃ¤ger nach Â§ 5 Abs. 1 BSchAV (in der bis zum 30. Juni 2011 geltenden Fassung; a. F.) als selbstÃ¤ndig TÃ¤tigen mit abgeschlossener Mittelschulausbildung und Berufsausbildung in die Besoldungsgruppe A 11 ein. Dem hielt er gemÃ¤Ã Â§ 9 BSchAV a. F. das derzeitige Einkommen des KlÃ¤gers entgegen, das mit dem Wert der Arbeitsleistung zu berechnen sei. Hierzu setzte er den Industriebereich Herstellung von MÃ¶beln, Schmuck, Musikinstrumenten, Sportartikeln, Spielwaren und sonstigen Erzeugnissen an und insoweit die Lohngruppe 2 (mit Berufsausbildung und sehr schwierigen TÃ¤tigkeiten). Letztgenannten Betrag kÃ¼rzte er um einen schÃ¤digungsbedingten Verdienstausfall, den er in Anlehnung an den zuerkannten GdS mit 20 Prozent berechnete. Exemplarisch errechnete sich der BSA ab Dezember 2007 wie folgt:

Â

Vergleichseinkommen brutto 2.908,- Euro (Besoldungsgruppe A 11 zuzÃ¼glich Familienzuschlag Stufe 1), netto 1.945,- Euro. Dagegen gerechnet der Wert der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers: 2.976,- Euro brutto abzÃ¼glich 20 Prozent schÃ¤digungsbedingter Einkommensverlust = 2.381,- Euro brutto, netto 1.629,08 Euro. Die Differenz der beiden NettobetrÃ¤ge betrÃ¤gt 315,92 Euro, wovon der Ruhensbetrag gemÃ¤Ã Â§ 30 Abs. 13 BVG abzuziehen ist (105,- Euro), ergibt einen BSA von netto monatlich gerundet 211,- Euro.

Â

Entsprechend verfuhr der Beklagte fÃ¼r die Zeit ab dem 1. Juli 2008 (Netto-BSA 199,- Euro; Vergleichseinkommen 1.958,- Euro, Wert der Arbeitsleistung 1.653,68 Euro) und ab dem 1. Juli 2009 (Netto-BSA 219,- Euro; Vergleichseinkommen 2.014,- Euro, Wert der Arbeitsleistung 1.686,68 Euro), der BSA betrug nach der Berechnung des Beklagten ab dem 1. Juli 2010 unverÃ¤ndert 219,- Euro.

Â

Mit Bescheid vom 18. Januar 2011 bewilligte der Beklagte dem KlÃ¤ger den BSA ab dem 1. Dezember 2007 wie zuvor skizziert.

Â

Der KlÃ¤ger teilte dem Beklagten mit Schriftsatz vom 27. MÃ¤rz 2011 mit, dass der Beklagte seinem Widerspruch aus seiner Sicht bislang nur teilweise abgeholfen habe. Das Vergleichseinkommen sei niedriger zu bewerten. Insoweit legte der KlÃ¤ger den Auszug einer ab dem 1. April 2011 gÃ¼ltigen Entgelttabelle fÃ¼r die Metall- und Elektroindustrie ThÃ¼ringen zugrunde; aus der ihn betreffenden Entgeltgruppe E 5 ergebe sich ein monatliches Entgelt von 2.307,- Euro. AuÃerdem sei das Vergleichseinkommen nicht nur um 20, sondern um 30 Prozent zu kÃ¼rzen.

Â

Mit bestandskrÃ¤ftigem Widerspruchsbescheid vom 16. Juni 2011, der sich auf die Bescheide vom 20. Januar 2009, 28. Oktober 2009 und 18. Januar 2011 erstreckte, half der Beklagte dem Widerspruch des KlÃ¤gers insoweit ab wie durch die Bescheide vom 28. Oktober 2009 und 18. Januar 2011 bereits geschehen, im Ãbrigen wies der Beklagte den sich insbesondere auch auf die GewÃ¤hrung einer Ausgleichsrente gerichteten Widerspruch zurÃ¼ck.

Â

Mit Bescheid vom 16. Juni 2011 bewilligte der Beklagte den BSA ab dem 1. Juli 2011 in HÃ¶he von monatlich 456,- Euro und mit Bescheid vom 14. Juni 2012 ab dem 1. Juli 2012 in HÃ¶he von monatlich 498,- Euro. In letztgenanntem Bescheid ging der Beklagte von einem Bruttovergleichseinkommen von monatlich 3.517,- Euro, netto 2.311,- Euro, aus. Dem hielt er den Wert der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers entgegen, den er netto mit 1.686,68 Euro bezifferte. Der Bescheid erging wÃ¶rtlich unter dem â€Vorbehalt des Beschlusses der vorgesehenen GesetzesÃ¤nderungen: 18. KOV-AnpV 2012, AnrV und BSchAVâ€.

Â

Ausweislich eines internen Aktenvermerks erkannte der Beklagte die Bewilligungen mit Bescheiden vom 16. Juni 2011 und vom 14. Juni 2012 als â€falschâ€, weil der Wert der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers nicht angepasst worden sei.

Â

Mit Bescheid vom 1. Oktober 2012 kÃ¼rzte der Beklagte rÃ¼ckwirkend den BSA ab dem 1. Juli 2011 auf 250,- Euro und ab dem 1. Juli 2012 auf 255,- Euro und verlangte entsprechende Erstattung der Ã¼berzahlten BetrÃ¤ge. FÃ¼r die Zeit ab dem 1. Juli 2012 ging er unverÃ¤ndert von einem Nettovergleichseinkommen vom 2.311,- Euro aus, dem er nunmehr allerdings den Wert der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers in HÃ¶he von netto 1.929,44 Euro entgegen setzte. Der KlÃ¤ger legte gegen den Bescheid vom 1. Oktober 2012 Widerspruch ein, mit dem er unter anderem grundsÃ¤tzliche Bedenken gegen die Berechnung des BSA vortrug. AbschlieÃend erklÃ¤rte der KlÃ¤ger, er werde hilfsweise innerhalb der nÃ¤chsten Tage die ÃberprÃ¼fung gemÃ¤Ã Â§ 44 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) beantragen. Dem Widerspruch gegen den Bescheid vom 1. Oktober 2012 half der Beklagte mit Bescheid vom 10. Januar 2013 teilweise insoweit ab, als es die rÃ¼ckwirkende KÃ¼rzung des BSA betraf. Erst ab dem 1. November 2012 betrage der BSA aber (nur) 255,- Euro.

Â

Der Beklagte wertete den Hinweis des KlÃ¤gers auf Â§ 44 SGB X bereits als ÃberprÃ¼fungsantrag, den er mit weiterem Bescheid vom 10. Januar 2013 bezogen auf den Bescheid vom 18. Januar 2011 ablehnte.

Â

Gegen den die Ablehnung eines ÃberprÃ¼fungsantrages betreffenden Bescheid vom 10. Januar 2013 legte der KlÃ¤ger Widerspruch ein, welchen der Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 9. April 2013 zurÃ¼ckwies. Ebenfalls mit Widerspruchsbescheid vom 9. April 2013 wies der Beklagte den Widerspruch des KlÃ¤gers gegen den Bescheid vom 1. Oktober 2012 in der Fassung des Teilabhilfebescheides vom 10. Januar 2013 zurÃ¼ck bei einer Kostenquote zugunsten des KlÃ¤gers von der HÃ¤lfte.

Â

Hiergegen hat der KlÃ¤ger am 11. Mai 2013 Klage erhoben mit dem Ziel, einen hÃ¶heren BSA zu erhalten. Die medizinischen Bewertungen und Feststellungen zum GdS wÃ¼rden ausdrÃ¼cklich nicht angegriffen. Angegriffen werde der berÃ¼cksichtigte Wert des fiktiven aktuellen Nettoeinkommens. Der KlÃ¤ger hat ein Schreiben der IHK SÃ¼dthÃ¼ringen vom 7. Dezember 2012 zu den Akten gereicht, wonach seine TÃ¤tigkeit als selbstÃ¤ndiger Graveurmeister exakt der gleichen fachlichen TÃ¤tigkeit von abhÃ¤ngig beschÃ¤ftigten Waffengraveuren entspreche. Nach einem weiteren vom KlÃ¤ger vorgelegten Schreiben der IG Metall Suhl-Sonneberg vom 14. November 2012 seien Graveure im Sinne der (ebenfalls beigefÃ¼gten) HaustarifvertrÃ¤ge â Manteltarifvertrag und Entgelttarifvertrag â der M Jagd- und Sportwaffen GmbH in die Entgeltgruppe 5 zu einem monatlichen Bruttoentgelt von 1.775,- Euro eingruppiert.

Â

Der Beklagte hat zu der KlagebegrÃ¼ndung und den eingereichten Unterlagen im GroÃen und Ganzen erklÃ¤rt, es komme nur darauf an, was ein beschÃ¤digter Arbeitnehmer im Vergleich zu einem nicht beschÃ¤digten Arbeitnehmer verdiene. Soweit sich der KlÃ¤ger auf die von ihm eingereichten TarifvertrÃ¤ge beziehe, folge daraus, dass auch ein gesunder Arbeitnehmer nur die darin ausgewiesenen BetrÃ¤ge verdienen kÃ¶nne. Dies sei aber ein arbeits- und tarifrechtliches Problem. Nach dem vom KlÃ¤ger vorgelegten Manteltarifvertrag des Bundesinnungsverbandes der Galvaniseure, Graveure und Metallbildner hÃ¤tte dem KlÃ¤ger nach der darin geregelten Lohngruppe 6 Ã¼berhaupt kein BSA zugestanden. Ein hÃ¶herer Abschlag als 20 Prozent komme hier nicht in Betracht.

Â

Die Beteiligten haben im Klageverfahren erÃ¶rtert, ob der KlÃ¤ger einen ÃberprÃ¼fungsantrag gestellt habe. Der KlÃ¤ger hat dabei auf ein von ihm verfasstes Schreiben vom 16. Dezember 2012 verwiesen, das indes nicht aktenkundig ist.

Â

Das Sozialgericht hat bei dem Bundesinnungsverband der Galvaniseure, Graveure und Metallbildner einen Manteltarifvertrag 2006, mehrere TarifvertrÃ¤ge zum Abkommen Ã¼ber VergÃ¼tungen sowie einen Entgeltrahmentarifvertrag beigezogen. Der KlÃ¤ger hat erklÃ¤rt, den bundesweiten Tarifvertrag nicht fÃ¼r anwendbar zu halten, da von ihm keine kreativen GraveurtÃ¤tigkeiten von Hand fÃ¼r Jagd- und Sportwaffen erfasst seien. Zum Beleg seiner Auffassung hat er ein Schreiben der IG Metall Bezirksleitung Berlin-Brandenburg-Sachsen vom 7. Januar 2016 zu den Gerichtsakten gereicht, wonach der Haustarifvertrag der M Jagd- und Sportwaffen GmbH im Fall des KlÃ¤gers wesentlich realistischer sei als der Bundestarif der Galvaniseure, Graveure und Metallbildner.

Â

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 9. August 2016 abgewiesen, auÃergerichtliche Kosten seien nicht zu erstatten, die Kostenentscheidung im Widerspruchsbescheid vom 9. April 2013 bleibe unberÃ¼hrt. Gegenstand der Klage sei der BSA zwischen dem 1. Dezember 2007 und dem 30. Juni 2013. Soweit es den Zeitraum vom 1. Dezember 2007 bis zum 31. Dezember 2008 betreffe, stehe dem Anspruch bereits Â§ 44 Abs. 4 Satz 1 SGB X entgegen, da Nachzahlungen lÃ¤ngstens rÃ¼ckwirkend fÃ¼r vier Jahre ab dem Zeitpunkt der ÃberprÃ¼fungsentscheidung erbracht werden kÃ¶nnten (Â§ 44 Abs. 4 Satz 2 SGB X). Der KlÃ¤ger habe keinen ÃberprÃ¼fungsantrag gestellt, vielmehr habe der Beklagte mit Bescheid vom 10. Januar 2013 insoweit von Amts wegen entschieden. Hiervon ausgehend wÃ¼rden AnsprÃ¼che im Zugunstenverfahren vor dem 1. Januar 2009 ausscheiden. Soweit es den BSA ab dem 1. Januar 2009 betreffe, habe der Beklagte zu Recht die bis 30. Juni 2011 geltende Rechtslage zugrunde gelegt.

Streitig sei insoweit allein die Bestimmung des Nettoeinkommens aus gegenwÃ¤rtiger TÃ¤tigkeit gemÃ¤Ã Â§ 30 Abs. 8 BVG, Â§ 9 BSchAV a. F. Soweit der Beklagte zu Unrecht das Einkommen nicht anhand einer der Qualifikation des KlÃ¤gers entsprechenden TÃ¤tigkeit ermittelt habe, beschwere dies den KlÃ¤ger nicht. MaÃgeblich fÃ¼r die Bestimmung des derzeitigen Einkommens sei nur, wie der Betroffene seine berufliche Arbeitskraft als UnselbstÃ¤ndiger auf dem Arbeitsmarkt verwerten kÃ¶nnte. Als Wert der eigenen Arbeitsleistung sei das Arbeitsentgelt zu berÃ¼cksichtigen, das einem Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung zu zahlen wÃ¤re. Insoweit sei es angemessen, auf die einschlÃ¤gigen TarifvertrÃ¤ge zurÃ¼ckzugreifen. Dies seien die TarifvertrÃ¤ge des Bundesinnungsverbandes der Galvaniseure, Graveure und Metallbildner. Diese TarifvertrÃ¤ge erfassten auch den vom KlÃ¤ger ausgeÃ¼bten Beruf. Da er nach eigenen Angaben rein produktive Arbeiten ausÃ¼be, sei er in den TarifvertrÃ¤gen den gewerblichen Arbeitnehmern zuzuordnen. Die Ermittlung der einschlÃ¤gigen Lohngruppe erfolge gemÃ¤Ã den allgemeinen GrundsÃ¤tzen der VergÃ¼tungstarifvertrÃ¤ge anhand der Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bten TÃ¤tigkeit. Hier sei der KlÃ¤ger der hÃ¶chsten Lohngruppe 1 zuzuordnen, weil er auch nach eigenen Angaben auch international als Ã¤uÃerst geschÃ¤tzter Spezialist fÃ¼r Waffengravuren anerkannt sei und als Graveurmeister hohe berufliche Qualifikationen besitze. Aufgrund der bisherigen selbstÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit kÃ¶nne auch die FÃ¤higkeit des KlÃ¤gers zur Arbeiten angenommen werden, die DispositionsvermÃ¶gen und umfassende Verantwortung erforderten. Als erzielbare BruttovergÃ¼tung ergebe sich ab dem 1. April 2008 ein Betrag von monatlich 2.483,- Euro. Dieser Betrag liege Ã¼ber dem vom Beklagten angenommenen Betrag von 2.422,- Euro, so dass der KlÃ¤ger schon deshalb nicht beschwert sei. Dies gelte fÃ¼r die Zeit ab dem 1. Januar 2009 bis zum 30. Juni 2011, aber auch fÃ¼r die Zeit danach, namentlich ab dem 1. Oktober 2012.

Â

Gegen das ihm am 13. September 2016 zugestellte Urteil hat der KlÃ¤ger am 12. Oktober 2016 Berufung eingelegt. Zu Unrecht habe sich das Sozialgericht auf die TarifvertrÃ¤ge des Bundesinnungsverbandes der Galvaniseure, Graveure und Metallbildner bezogen und nicht auf den Haustarifvertrag der M Jagd- und Sportwaffen GmbH. Letzterer sei einschlÃ¤gig, weil es sich um einen speziellen Tarifvertrag fÃ¼r Waffengraveure handele. Er, der KlÃ¤ger, verrichte kreative Handarbeit zur Herstellung von EinzelstÃ¼cken, die vom Bundesinnungsverband der Galvaniseure, Graveure und Metallbildner erfassten Firmen fertigten dagegen in automatisierter Maschinenarbeit groÃe StÃ¼ckzahlen, was im Ergebnis eine hÃ¶here Bezahlung der BeschÃ¤ftigten ermÃ¶gliche. Zudem seien diese Firmen geographisch schwerpunktmÃ¤Ãig in Nordrhein-Westfalen und Baden-WÃ¼rttemberg ansÃ¤ssig und nicht in den tariflich deutlich schlechter gestellten neuen BundeslÃ¤ndern.

Â

Der Senat hat eine Auskunft der H. K GmbH zu den dort gezahlten LÃ¶hnen eingeholt und den vollstÃ¤ndigen Haustarifvertrag der M Jagd- und Sportwaffen

GmbH ab dem 1. Januar 2008 nebst ErgÃ¤nzungsvereinbarung zum Manteltarifvertrag, Entgelttarifvertrag und Haustarifvertrag Ã¼ber Sonderzahlungen beigezogen.

Â

Der KlÃ¤ger beantragt,

Â

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 9. August 2016 aufzuheben und den Beklagten unter Ãnderung der Bescheide vom 1. Oktober 2012 sowie vom 10. Januar 2013 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 9. April 2013 zu verurteilen, den Bescheid vom 18. Januar 2011 teilweise zurÃ¼ckzunehmen und dem KlÃ¤ger einen hÃ¶heren Berufsschadensausgleich fÃ¼r den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 30. Juni 2013 zu bewilligen.

Â

Der Beklagte beantragt,

Â

die Berufung zurÃ¼ckzuweisen.

Â

Er hÃ¤lt das angefochtene Urteil fÃ¼r zutreffend.

Â

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, die beigezogene Gerichtsakte des Sozialgerichts Berlin S 17 RA 4100/03 sowie die den KlÃ¤ger betreffenden VerwaltungsvorgÃ¤nge des Beklagten Bezug genommen.

Â

EntscheidungsgrÃ¼nde

Â

Gegenstand des Verfahrens sind die Bescheide 1. Oktober 2012 sowie vom 10. Januar 2013 jeweils in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 9. April 2013. Der Bescheid vom 10. Januar 2013 ist im ÃberprÃ¼fungsverfahren nach Â§ 44 SGB X ergangen. Mit ihm hat der Beklagte den Bescheid vom 18. Januar 2011 Ã¼berprÃ¼ft, mit dem er dem KlÃ¤ger dem Grunde nach BSA ab dem 1. Dezember 2007 bewilligt hatte. Der Bescheid vom 18. Januar 2011 stellt einen

Ausgangsbescheid Ã¼ber die Bewilligung von BSA dar, der die Berechnungsgrundlagen â□□ Vergleichseinkommen nach der Besoldungsgruppe A 11, Wert der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers nach dem Industriebereich Herstellung von MÃ¶beln, Schmuck, Musikinstrumenten Sportartikeln, Spielwaren und sonstige Arbeitserzeugnisse, Leistungsgruppe 2 â□□ regelt. Auf ihm bauen die sich anschlieÃ□enden Anpassungsbescheide auf. Im Grundsatz kÃ¶nnen diese nicht wegen anfÃ¤nglicher Unrichtigkeit zurÃ¼ckgenommen werden, solange der Ausgangsbescheid nicht aufgehoben worden ist (vgl. Bundessozialgericht , Urteil vom 15. August 1996 â□□ 9 RV 22/95 â□□ juris). Damit ist streitgegenstÃ¤ndlich der mit Bescheid vom 18. Januar 2011 unmittelbar geregelte Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 30. Juni 2011.

Â

Zwischenzeitlich hat der Beklagte mit Anpassungsbescheiden vom 16. Juni 2011 und vom 14. Juni 2012 BSA ab dem 1. Juli 2011 und ab dem 1. Juli 2012 bewilligt. Dabei hat er nur das Vergleichseinkommen erhÃ¶ht, namentlich insoweit nicht mehr gemÃ¤Ã□ Nr. 1 a) der Anlage I Kap VIII K III Anlage I Kapitel VIII Sachgebiet K â□□ Soziales EntschÃ¤digungsrecht und Rehabilitation Abschnitt III des Einigungsvertrages, die gemÃ¤Ã□ Â§ 84a BVG in der Fassung des Gesetzes vom 20. Juni 2011 (BGBl. I S. 1114) ab dem 1. Juli 2011 nicht mehr anwendbar war, eine Absenkung nach der Bekanntgabe des Bundesministers fÃ¼r Arbeit und Sozialordnung im Bundesanzeiger verfÃ¼gt (hier Absenkung ab Juli 2008 auf 88,07 Prozent, ab Juli 2009 auf 88,71 Prozent). Diesem demnach recht stark erhÃ¶hten Vergleichseinkommen hat er weiterhin den unverÃ¤nderten Wert der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers gegenÃ¼bergestellt, was den relativ hohen Bewilligungsbetrag ergeben hat. Um dies zu korrigieren, hat der Beklagte zunÃ¤chst mit dem weiteren streitgegenstÃ¤ndlichen Bescheid vom 1. Oktober 2012 den BSA rÃ¼ckwirkend ab Juli 2011 abgesenkt und dem hiergegen erhobenen Widerspruch mit Bescheid vom 10. Januar 2013 insoweit abgeholfen, als er die Absenkung erst ab dem 1. November 2012 verfÃ¼gt hat. Im Ergebnis hat der Beklagte dem KlÃ¤ger BSA monatlich wie folgt bewilligt:

Â

- vom 1. Dezember 2007 bis 30. Juni 2008 211,- Euro,
- vom 1. Juli 2008 bis 30. Juni 2009 199,- Euro,
- vom 1. Juli 2009 bis 30. Juni 2011 219,- Euro,
- vom 1. Juli 2011 bis 31. Oktober 2012 456,- Euro,
- vom 1. November 2012 bis 30. Juni 2013 255,- Euro.

Â

Gegenstand der Berufung ist in zeitlicher Hinsicht nur der zuvor skizzierte Zeitraum, denn nur Ã¼ber ihn hat das Sozialgericht antragsgemÃ¤Ã□ entschieden.

Â

Die zulÃ¤ssige Berufung ist teilweise begrÃ¼ndet. Das Urteil des Sozialgerichts ist nur zum Teil zutreffend. Der das Ãberprüfungsverfahren betreffende Bescheid vom 10. Januar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. April 2013 ist rechtmÃ¤Ãig und verletzt den KlÃ¤ger nicht in seinen Rechten. Der Bescheid vom 1. Oktober 2012 in der Fassung des Bescheides vom 10. Januar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. April 2013 ist dagegen rechtswidrig und verletzt den KlÃ¤ger in seinen Rechten, soweit er mit ihm BSA mit Wirkung ab dem 1. November 2012 teilweise aufgehoben hat. Allerdings steht dem KlÃ¤ger kein hÃ¶herer BSA zu als mit Bescheiden vom 16. Juni 2011 und vom 14. Juni 2012 verfÃ¼gt.

Â

Soweit es um den das Ãberprüfungsverfahren betreffenden Bescheid geht, hat das Sozialgericht zutreffend entschieden, dass dem geltend gemachten Anspruch fÃ¼r die Zeit vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2008 bereits Â§ 44 Abs. 4 Satz 1 und 2 SGB X entgegen steht; insoweit verweist der Senat auf die zutreffenden GrÃ¼nde der angefochtenen Entscheidung, Â§ 153 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG).

Â

FÃ¼r die Zeit ab dem 1. Januar 2009 bis zum 30. Juni 2011 hat der Beklagte den BSA zutreffend berechnet. Daher kommt eine Korrektur des Bescheides vom 18. Januar 2011 im Zugunstenverfahren nach Â§ 44 SGB X hier nicht in Betracht.

Â

Anspruchsgrundlage insoweit ist Â§ 30 Abs. 3 BVG in seiner ab dem 21. Dezember 2007 geltenden Fassung. Danach erhalten rentenberechtigte BeschÃ¤digte, deren Einkommen aus gegenwÃ¤rtiger oder frÃ¼herer TÃ¤tigkeit durch die SchÃ¤digungsfolgen gemindert ist, nach Anwendung des Absatzes 2 einen Berufsschadensausgleich in HÃ¶he von 42,5 vom Hundert des auf volle Euro aufgerundeten Einkommensverlustes (Absatz 4) oder, falls dies gÃ¼nstiger ist, einen Berufsschadensausgleich nach Absatz 6. Einkommensverlust ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem derzeitigen Bruttoeinkommen aus gegenwÃ¤rtiger oder frÃ¼herer TÃ¤tigkeit zuzÃ¼glich der Ausgleichsrente (derzeitiges Einkommen) und dem hÃ¶heren Vergleichseinkommen (Â§ 30 Abs. 4 Satz 1 BVG). Das Vergleichseinkommen errechnet sich gemÃ¤Ã Â§ 30 Abs. 5 Satz 1 BVG nach Â§ 30 Abs. 5 Satz 2 bis 6 BVG aus dem monatlichen Durchschnittseinkommen der Berufs- oder Wirtschaftsgruppe, der die BeschÃ¤digten ohne die SchÃ¤digung nach ihren LebensverhÃ¤ltnissen, Kenntnissen und FÃ¤higkeiten und dem bisher betÃ¤tigten Arbeits- und Ausbildungswillen wahrscheinlich angehÃ¶rt hÃ¤tten. Der BSA wird hier nicht gemÃ¤Ã Â§ 30 Abs. 10 BVG ausschlieÃlich nach Absatz 6 berechnet, weil der Antrag des KlÃ¤gers deutlich vor dem in dieser Vorschrift genannten Stichtag (21. Dezember 2007) gestellt worden ist. Aufgrund dieser frÃ¼hen Antragstellung durch den KlÃ¤ger sind auch die grundlegenden Ãnderungen des BSA mit Wirkung zum

1. Juli 2011 (vgl. Â§â□□30 Abs.â□□5 BVG in der Fassung des Gesetzes zur Ã□nderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften vom 20. Juni 2011 und die Verordnung zur DurchfÃ¼hrung des Â§â□□30 Absatz 3 bis 12 und des Â§â□□40â□□a Absatz 1 und 5 des Bundesversorgungsgesetzes vomâ□□28. Juni 2011) gemÃ¤Ã□ der Ã□bergangsvorschrift des Â§ 87 Abs. 1 BVG fÃ¼r den vorliegenden Fall unmaÃ□geblich (vgl. Dau in Knickrehm, Gesamtes Soziales EntschÃ¤digungsrecht, Â§ 30 BVG, Rn. 26).

Â

Somit ist nach Â§ 30 Abs. 3 BVG nicht individuell festzustellen, wie sich das Einkommen eines BeschÃ¤digten wahrscheinlich gestaltet hÃ¤tte, und es ist nicht dieses wahrscheinliche Einkommen dem derzeitigen Bruttoeinkommen aus gegenwÃ¤rtiger oder frÃ¼herer TÃ¤tigkeit (zuzÃ¼glich der Ausgleichsrente) gegenÃ¼berzustellen; vielmehr ist von der generalisierenden (pauschalen) Betrachtungsweise auszugehen, die in Â§ 30 Abs. 4 BVG fÃ¼r die Ermittlung des Vergleichseinkommens vorgesehen ist (vgl. BSG, Urteil vom 6. Juli 1971 â□□ 9 RV 514/68 â□□ juris).

Â

Welche Vergleichsgrundlage und in welcher Weise sie zur Ermittlung des Einkommensverlustes heranzuziehen ist, hat die vom Gesetzgeber in Â§ 30 Abs. 14 BVG ermÃ¤chtigte Bundesregierung in der bis zum 30. Juni 2011 geltenden und hier maÃ□geblichen Verordnung zur DurchfÃ¼hrung des Â§ 30 Abs. 3 bis 12 und des Â§ 40a Abs. 1 bis 5 des Bundesversorgungsgesetzes â□□ Berufsschadensausgleichsverordnung â□□ (BSchAV) bestimmt. Das Durchschnittseinkommen nach Â§ 30 Abs. 5 BVG wird gemÃ¤Ã□ Â§ 2 Abs. 1 Satz 1 BSchAV ermittelt, wenn der BeschÃ¤digte

Â

1. unselbstÃ¤ndig in der privaten Wirtschaft tÃ¤tig wÃ¤re, nach Â§ 3 BSchAV;

2. im Ã¶ffentlichen Dienst tÃ¤tig wÃ¤re, nach Â§ 4 BSchAV;

3. selbstÃ¤ndig tÃ¤tig wÃ¤re, nach Â§ 5 BSchAV.

Â

Hier ist der KlÃ¤ger nach der SchÃ¤digung selbstÃ¤ndig tÃ¤tig geworden und er wÃ¤re dies auch ohne SchÃ¤digung. Zu Recht ist daher zwischen den Beteiligten die Anwendung von Â§ 5 BSchAV unstreitig. Ebenso unstreitig ist die â□□ hier hÃ¶chstmÃ¶gliche â□□ Einstufung des KlÃ¤gers in die Besoldungsgruppe A 11 nach Â§ 5 Abs. 1 Satz 1, erhÃ¶ht um den Familienzuschlag (Â§ 5 Abs. 1 Satz 2 BSchAV).

Â

Auf der Homepage des Bundesministeriums fÃ¼r Arbeit und Soziales (BMAS) sind die jeweiligen Bekanntmachungen der Vergleichseinkommen fÃ¼r die Feststellung der Berufsschadens- und Schadensausgleiche nach dem BVG verÃ¶ffentlicht. Ab dem 1. Januar 2009 gilt die Bekanntmachung ab dem 1. Juli 2008, die fÃ¼r die letzte Stufe der Besoldungsgruppe A 11 einschlieÃlich Familienzuschlag einen Betrag von 3.326,- Euro ausweist, die bereits angesprochene KÃ¼rzung nach MaÃgabe des Einigungsvertrages ergibt den von dem Beklagten berÃ¼cksichtigten Betrag von 2.929,- Euro. Entsprechendes gilt ab dem 1. Juli 2009 (3.408,- Euro, auf 88,71 Prozent gekÃ¼rzt ergibt 3.023,- Euro).

Â

Dem skizzierten Vergleichseinkommen ist das derzeitige Einkommen gegenÃ¼ber zu stellen. Dieses ist bei (tatsÃ¤chlich) selbstÃ¤ndig TÃ¤tigen regelmÃ¤Ãig nicht das tatsÃ¤chliche â€ etwa nach MaÃgabe des Einkommensteuerrechts ermittelte â€ Einkommen. Der BSA fÃ¼r einen selbstÃ¤ndig TÃ¤tigen bemisst sich nicht nach der Differenz zwischen dem, was er als gesunder SelbstÃ¤ndiger wahrscheinlich verdienen wÃ¼rde und dem, was er als beschÃ¤digter SelbstÃ¤ndiger tatsÃ¤chlich verdient. MaÃgebend ist vielmehr, wie er seine berufliche Arbeitskraft als UnselbstÃ¤ndiger auf dem Arbeitsmarkt verwerten kÃ¶nnte â€ einerseits als Gesunder, andererseits als GeschÃ¤digter. Das folgt aus Â§ 5 und Â§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BSchAV (vgl. BSG, Urteil vom 15. Februar 1989 â€ 9/4b RV 47/87 â€ juris). Nach letztgenannter Vorschrift gelten als derzeitiges Bruttoeinkommen der Wert der eigenen Arbeitsleistung in einer gegenwÃ¤rtigen selbstÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit und Einnahmen aus einer frÃ¼heren selbstÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit, soweit in Â§ 30 Abs. 11 Satz 1 und Â§ 64c Abs. 2 Satz 2 und 3 BVG sowie in Â§ 10 BSchAV nichts anderes bestimmt ist; als Wert der eigenen Arbeitsleistung ist das Arbeitsentgelt zu berÃ¼cksichtigen, das einem Arbeitnehmer in vergleichbarer Stellung zu zahlen wÃ¤re.

Â

Das BSG hat in dem genannten Urteil vom 15. Februar 1989 eingehend seine ErwÃ¤gungen fÃ¼r die BerÃ¼cksichtigung von Einkommen bei SelbstÃ¤ndigen dargelegt. Diese ErwÃ¤gungen, denen sich der Senat anschlieÃt, sind wie folgt zusammenzufassen: Das â€ mit Hilfe des Steuerrechts ermittelte â€ tatsÃ¤chliche Einkommen eines BeschÃ¤digten sei nicht unbesehen immer der Betrag, den sich ein BeschÃ¤digter anrechnen lassen mÃ¼sse. Weil nur der schÃ¤digungsbedingte Einkommensverlust Grundlage des BSA sein kÃ¶nne, mÃ¼sse dem BeschÃ¤digten unter UmstÃ¤nden mehr angerechnet werden, nÃ¤mlich das, was er mit den verbliebenen KrÃ¤ften noch verdienen kÃ¶nne. Bei UnselbstÃ¤ndigen unterstelle allerdings das Gesetz im Allgemeinen, dass ihr tatsÃ¤chliches Einkommen auch dem entspreche, was sie verdienen kÃ¶nnen. Das Gesetz gehe davon aus, dass grundsÃ¤tzlich jeder BeschÃ¤digte seine noch vorhandene Arbeitskraft voll einzusetzen bereit sei und dass der Arbeitsmarkt, das Tarifrecht und das Beamtenbesoldungsrecht dafÃ¼r sorgten, dass das, was er tatsÃ¤chlich verdiene, der Betrag sei, den er noch verdienen kÃ¶nne. Anders sei das bei SelbstÃ¤ndigen. Ihr tatsÃ¤chliches Einkommen hÃ¤nge nicht nur von der Bereitschaft ab, ihre

verbleibende Arbeitskraft voll einzusetzen. Das tatsÃ¤chliche Einkommen SelbstÃ¤ndiger sei von zahlreichen Faktoren abhÃ¤ngig, wie Risikobereitschaft, Arbeits- und Kapitaleinsatz, Konjunktur, strukturelle und regionale Wirtschaftsbedingungen. Das tatsÃ¤chliche Einkommen eines beschÃ¤digten SelbstÃ¤ndigen besage deshalb nichts Entscheidendes darÃ¼ber, inwieweit die SchÃ¤digungsfolgen dafÃ¼r ursÃ¤chlich seien, dass er nicht das Vergleichseinkommen erreiche. AussagekrÃ¤ftig sei vielmehr der verbliebene Wert der Arbeitskraft. Die Verordnung, die vom Wert der eigenen Arbeitsleistung des SelbstÃ¤ndigen spreche, meine daher den Wert des LeistungsvermÃ¶gens. Es sei damit keine grundsÃ¤tzlich andere Bewertung gemeint als diejenige, die Â§ 5 BSchAV fÃ¼r die Festlegung des Vergleichseinkommens verlange. Auch das derzeitige Einkommen eines SelbstÃ¤ndigen sei eine VergleichsgrÃ¶Ãe. Es sei das Einkommen, das der individuelle BeschÃ¤digte als Bewerber um eine unselbstÃ¤ndige Berufsstellung wahrscheinlich erzielen wÃ¼rde. Erst diese nach gleichen Kriterien ermittelten VergleichsgrÃ¶Ãen nach Â§ 5 BSchAV und nach Â§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BSchAV erlaubten es, zu einer vertretbaren EinschÃ¤tzung der durch die SchÃ¤digung verursachten EinbuÃe an wirtschaftlich nutzbarer Arbeitskraft zu gelangen. Diese Betrachtungsweise verbiete zwar, dem BeschÃ¤digten eine bestimmte TÃ¤tigkeit mit der entsprechenden Besoldungsgruppe zuzuordnen, ohne nÃ¤here Feststellungen Ã¼ber die geistigen und kÃ¶rperlichen Anforderungen der TÃ¤tigkeit zu treffen, und davon â eventuell entsprechend dem Grad seiner MdE/ dem GdS â einen prozentualen Abschlag vorzunehmen, der im Arbeitsleben nicht vorkomme. Der Verwaltung und auch den Tatsachengerichten sei es aber erlaubt, in freier WÃ¼rdigung aller UmstÃ¤nde, unabhÃ¤ngig von dem abstrakten Grad der MdE/GdS, das trotz SchÃ¤digung verbliebene LeistungsvermÃ¶gen fÃ¼r eine bestimmte TÃ¤tigkeit einzuschÃ¤tzen.

Â

Es ist mithin zu ermitteln, welche TÃ¤tigkeiten im Ã¶ffentlichen Dienst oder in der privaten Wirtschaft der KlÃ¤ger trotz der SchÃ¤digung noch ausÃ¼ben kann und welches Durchschnittseinkommen, das wie das Vergleichseinkommen gemÃ¤Ã den Â§Â§ 3 und 4 BSchAV aus den Besoldungsgesetzen oder den Tabellen des Statistischen Bundesamtes zu entnehmen ist, zu erzielen wÃ¤re (vgl. BSG, Urteil vom 12. Dezember 1990 â 9a/9 RV 3/89 â juris). Dabei hat das BSG in einer weiteren Entscheidung ausgefÃ¼hrt, es sei nicht zu rechtfertigen, die selbstÃ¤ndig TÃ¤tigen, denen der Verordnungsgeber die Beamtenbesoldung als Grundlage des Vergleichseinkommens zubilligt, hinsichtlich des derzeitigen Einkommens als Angestellte oder Arbeiter zu behandeln. Der SelbstÃ¤ndige sei als UnbeschÃ¤digter und als BeschÃ¤digter in die jeweils passende Gruppe der Besoldungsordnung einzustufen, weil nur damit eine sachgerechte Vergleichsbetrachtung angestellt werden kÃ¶nne. Das BSG hat es ausreichen lassen, dass die Erkenntnis genÃ¼ge, dass der (dortige) BeschÃ¤digte in der Lage gewesen sei, in der Bauverwaltung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 9 aufzusteigen (BSG, Urteil vom 16. Mai 1995 â 9 RV 13/93 â juris).

Â

Wollte der Senat letztgenanntes Urteil vorbehaltlos anwenden, wÃ¼rde ein BSA denklogisch ausscheiden. Das liegt hier daran, dass der â□□HÃ¤tte-Berufâ□□ und die tatsÃ¤chlich ausgeÃ¼bte selbstÃ¤ndige TÃ¤tigkeit letztlich identisch sind â□□ jeweils geht es um einen (selbstÃ¤ndigen) Waffengraveur; sind die Berufe identisch, mÃ¼ssen es auch die jeweils zugrunde liegenden Besoldungsgruppen sein. Indes sieht der Senat gewisse Probleme, sich einen Graveur in der Ã¶ffentlichen Verwaltung vorzustellen, der die Besoldungsgruppe A 11 erreicht. Zugunsten des KlÃ¤gers ist daher anzunehmen, dass auf sonstige Weise der Wert seiner Arbeitskraft zu ermitteln ist. Dabei kommt es indes nach MaÃ□gabe vorstehender AusfÃ¼hrungen nicht darauf an, dass sich der KlÃ¤ger eine ausgesprochen seltene TÃ¤tigkeit ausgesucht hat, die in der privaten Wirtschaft abhÃ¤ngig beschÃ¤ftigt nur in zwei Betrieben in ganz Deutschland ausgeÃ¼bt wird. Der objektive Wert der Arbeitskraft bestimmt sich vielmehr danach, was ihm mÃ¶glich ist. Und hierbei sieht der Senat nicht, dass die vom Beklagten vorgenommene Einordnung des KlÃ¤gers in eine TÃ¤tigkeit im Industriebereich Herstellung von MÃ¶beln, Schmuck, Musikinstrumenten, Sportartikeln, Spielwaren und sonstigen Erzeugnissen unzutreffend wÃ¤re. Dass der KlÃ¤ger in diesem Bereich nicht tÃ¤tig werden kann, hat er nie behauptet. Nach MaÃ□gabe des Rundschreibens DurchfÃ¼hrung des Sozialen EntschÃ¤digungsrechts (SER) Vergleichseinkommen nach Â§ 30 Abs. 5 des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) i. V. m. Â§ 4 Abs. 5 der Berufsschadensausgleichsverordnung (BSchAV) fÃ¼r die Zeit vom 1. Juli 2009 bis 30. Juni 2010 des BMAS vom 19. Juni 2009 (IV c 2 â□□ 61080/27) ist auch die Einstufung des KlÃ¤gers in Leistungsgruppe III (entspricht Leistungsgruppe 2) nicht zu beanstanden, denn der KlÃ¤ger ist als Arbeitnehmer mit Berufsausbildung und sehr schwierigen TÃ¤tigkeiten anzusehen.

Â

Der KlÃ¤ger ist auch gesundheitlich zur TÃ¤tigkeit eines Graveurs in dem umrissenen Industriebereich in der Lage. Dabei ist klarzustellen, dass nur die bestandskrÃ¤ftig anerkannte SchÃ¤digungsfolge â□□ LÃ¤sionen der Muskelsehnen des linken Schultergelenkes mit Restbeschwerden nach Prellung und zunehmender BewegungseinschrÃ¤nkung des linken Schultergelenkes und des linken SchultergÃ¼rtels â□□ zu berÃ¼cksichtigen ist. Alle darÃ¼ber hinausgehenden gesundheitlichen BeeintrÃ¤chtigungen kÃ¶nnen fÃ¼r die Beurteilung einer schÃ¤digungsbedingten EinschrÃ¤nkung des LeistungsvermÃ¶gens keine Rolle spielen. Dies gilt fÃ¼r die im Verwaltungsverfahren angesprochene EinschrÃ¤nkung der kognitiven LeistungsfÃ¤higkeit (Schreiben der H. K GmbH vom 19. Februar 2010), die in einem Schreiben des ProzessbevollmÃ¤chtigten des KlÃ¤gers vom 27. MÃ¤rz 2011 erwÃ¤hnte mittelgradige EinschrÃ¤nkung der Lungenfunktion und die im Rahmen der Begutachtung von Dr. B zur Sprache gekommenen Beschwerden im rechten Sprunggelenk und in der LendenwirbelsÃ¤ule.

Â

In Betracht zu ziehen sind demnach nur die FunktionsbeeintrÃ¤chtigungen im Bereich der linken Schulter. Hier sind die BewegungseinschrÃ¤nkungen (Extension/Flexion 90-0-25Â° gegenÃ¼ber rechts 140-0-50Â°; Arm vorheben/Arm

rÃ¼ckheben 100-0-30Â° gegenÃ¼ber rechts 140-0-60Â°; AuÃenrotation/Innenrotation 30-0-90Â° gegenÃ¼ber rechts 80-0-90Â°) und eine Schmerzsymptomatik zu berÃ¼cksichtigen, wobei sich allerdings nach Dr. B eine VerschmÃ¤chtigung im Bereich des linken Armes und des linken SchultergÃ¼rtels nicht hat nachweisen lassen. Dass der KlÃ¤ger aufgrund dieser FunktionsbeeintrÃ¤chtigungen zu einer vollschichtigen TÃ¤tigkeit im skizzierten Industriebereich nicht in der Lage ist, vermag der Senat nicht zu erkennen. Der KlÃ¤ger selbst hat in einem Formular zur PrÃ¼fung eines Anspruchs auf BSA seine EinschrÃ¤nkungen der LeistungsfÃ¤higkeit ganz wesentlich auf kognitive EinschrÃ¤nkungen zurÃ¼ckgefÃ¼hrt, die aber â wie dargelegt â auÃer Betracht bleiben mÃ¼ssen.

Â

Die vom KlÃ¤ger vorgebrachten Argumente stÃ¼tzen einen hÃ¶heren BSA nicht. Dabei fÃ¤llt durchaus â im Sinne einer gewissen âRosinenpickereiâ â auf, dass der KlÃ¤ger ursprÃ¼nglich die hohe Wertigkeit seiner TÃ¤tigkeit in den Vordergrund gestellt hat, um dann bei der Bestimmung des Wertes der derzeitigen TÃ¤tigkeit auf die relativ niedrige Bezahlung hinzuweisen. Namentlich die Vorlage einer BestÃ¤tigung der Graveur- und Metallbildner-Innung Berlin vom 19. Mai 2006, wonach der KlÃ¤ger auch in Ansehung seiner Ã¼ber 30-jÃ¤hrigen Berufserfahrung in Lohngruppe 6 gemÃ¤Ã Tarif einzustufen sei bei einem Bruttomonatslohn von 4.324,- Euro, sollte offensichtlich ein besonders hohes Vergleichseinkommen rechtfertigen. Dem steht gegenÃ¼ber, dass der KlÃ¤ger in seinem Schreiben vom 27. MÃ¤rz 2011 die VerdienstmÃ¶glichkeiten eines Waffengraveurs mit nur noch monatlich 2.307,- Euro beziffert hat. Dies beruht aber auf einem MissverstÃ¤ndnis der Funktion des BSA. Dieser soll einen schÃ¤digungsbedingten Verdienstausfall ausgleichen, nicht aber tariflich schlechte Bezahlungen, die auch einen nicht beschÃ¤digten Arbeitnehmer treffen. Fehl geht der KlÃ¤ger auch, soweit er meint, der Wert seiner Arbeitsleistung mÃ¼sse bei seiner sehr seltenen TÃ¤tigkeit anhand konkreter HaustarifvertrÃ¤ge, die exakt diese TÃ¤tigkeit erfassen, bestimmt werden. Vielmehr geht es darum, wie fÃ¼r das Vergleichseinkommen auch fÃ¼r das derzeitige Einkommen beschÃ¤digter SelbstÃ¤ndiger eine relativ feste GrÃ¶Ãe zugrunde zu legen (vgl. hierzu und zum Folgenden nur BSG, Urteil vom 27. April 1989 â 9/4b RV 33/87 â juris). Die Verordnung, die vom Wert der eigenen Arbeitsleistung des SelbstÃ¤ndigen spricht, meint daher den Wert des LeistungsvermÃ¶gens. Es ist damit keine grundsÃ¤tzlich andere Bewertung gemeint, als diejenige, die Â§ 5 BSchAV fÃ¼r die Festlegung des Vergleichseinkommens verlangt. Auch das derzeitige Einkommen eines SelbstÃ¤ndigen ist eine VergleichsgrÃ¶Ãe. Es ist das Einkommen, das der individuell BeschÃ¤digte als Bewerber um eine unselbstÃ¤ndige Berufsstellung wahrscheinlich erzielen wÃ¼rde. Vorstehende AusfÃ¼hrungen erhellen, dass es unmaÃgeblich ist, wenn sich der Betroffene bei an sich hÃ¶herem Wert seines LeistungsvermÃ¶gens eine ganz bestimmte TÃ¤tigkeit aussucht, die aus nicht schÃ¤digungsbedingten GrÃ¼nden schlecht bezahlt ist.

Â

Rechnerisch hat der Beklagte auf der Grundlage der jeweiligen Bekanntmachungen des BMAS den Wert der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers grundsÃ¤tzlich richtig ermittelt. Soweit er allerdings entsprechend dem â medizinischenâ GdS einen prozentualen Abschlag vom Wert der Arbeitsleistung vorgenommen hat, steht dies in Widerspruch zur zitierten Rechtsprechung des BSG, beschwert den KlÃ¤ger aber nicht.

Â

Der BSA ist hier demnach nicht zu niedrig bewilligt worden. Dass er gemÃ¤Ã Â§ 30 Abs. 13 BVG in der HÃ¶he der gesamten Grundrente ruht, hat der Beklagte zutreffend erkannt (vgl. Dau in Knickrehm, Gesamtes Soziales EntschÃ¤digungsrecht, Â§ 30 BVG, Rn. 46).

Â

Erfolg hat die Berufung, soweit sie die Teilaufhebung des BSA mit Wirkung ab dem 1. November 2012 betrifft. Insoweit ist der Bescheid des Beklagten vom 1. Oktober 2012 auch nach Teilabhilfe durch Bescheid 10. Januar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. April 2013 rechtswidrig und verletzt den KlÃ¤ger in seinen Rechten. Denn die entsprechenden RÃ¼cknahmevoraussetzungen liegen nicht vor.

Â

Der vom Beklagte angewendete Â§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X ist hier im Ergebnis nicht einschlÃ¤gig. Denn er setzt voraus, dass ein ursprÃ¼nglich rechtmÃ¤Ãiger Verwaltungsakt durch eine Ãnderung in den rechtlichen oder tatsÃ¤chlichen VerhÃ¤ltnissen nach Erlass rechtswidrig wird. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Der insoweit betroffene Bescheid vom 14. Juni 2012 war von Anfang an rechtswidrig. Denn wie bereits dargelegt hat der Beklagte insoweit zu Unrecht den unverÃ¤nderten Wert der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers von 1.686,68 Euro netto zugrunde gelegt. Dieser Betrag entspricht demjenigen, wie er bereits ab dem 1. Juli 2009 zugrunde gelegt worden war. Damit hat der Beklagte aber nicht nur die generelle ErhÃ¶hung des Wertes der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers unberÃ¼cksichtigt gelassen, sondern auch nicht beachtet, dass nach der skizzierten Rechtslage eine Absenkung des Wertes der Arbeitsleistung des KlÃ¤gers bereits seit dem 1. Juli 2011 nach MaÃgabe des Einigungsvertrages nicht mehr vorzunehmen war. Dass es sich bei dem Bescheid vom 14. Juni 2012 um einen Anpassungsbescheid handelt, steht dem Ergebnis nicht entgegen. Zwar kÃ¶nnen wegen Ãnderung der VerhÃ¤ltnisse ergangene Folgebescheide nicht schon deswegen nach Â§ 45 SGB X zurÃ¼ckgenommen werden, weil sie auf einem rechtswidrigen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung (Ausgangsbescheid) aufbauen (vgl. BSG, Urteil vom 15. August 1996 â 9 RV 22/95 â juris). Hier ist aber nicht der Ausgangsbescheid rechtswidrig, sondern der Anpassungsbescheid. Anpassungsbescheide sind dann rechtswidrig, wenn die Anpassung (Neufeststellung) selbst fehlerhaft ist (vgl. Lang in: Diering/Timme/StÃ¤hler, SGB X, 5. Auflage 2019, Â§ 45, Rn. 18), was hier aus den genannten GrÃ¼nden der Fall ist.

Â

Ist demnach vorliegend Â§ 45 SGB X einschlÃ¤gig, ist der angefochtene Aufhebungsbescheid rechtswidrig, weil die erforderliche VertrauensschutzprÃ¼fung hier zugunsten des KlÃ¤gers ausfÃ¤llt. Insoweit gilt ein zeitlicher und sachlicher Vorrang der VertrauensschutzprÃ¼fung nach Â§ 45 Abs. 2 SGB X vor einer etwaigen Ermessensentscheidung. Erst wenn sich herausstellt, dass der Vertrauensschutz zu versagen ist und dass fÃ¼r eine ErmessensausÃ¼bung keine Gesichtspunkte Ã¼briggeblieben sind, ist das Ermessen des Beklagten auf Null reduziert. In diesem Fall kann nur die Aufhebungsentscheidung richtig sein (vgl. hierzu und zum Folgenden BSG, Urteil vom 5. November 1997 â 9 RV 20/96 â juris).

Â

Nach Â§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X darf ein rechtswidriger begÃ¼nstigender Verwaltungsakt nicht zurÃ¼ckgenommen werden, soweit der BegÃ¼nstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter AbwÃ¤gung mit dem Ã¶ffentlichen Interesse an einer RÃ¼cknahme schutzwÃ¼rdig ist. Die nach Â§ 45 SGB X zugelassene Durchbrechung der Bindungswirkung von Verwaltungsakten geht von dem Gedanken der Recht- und GesetzmÃ¤Ãigkeit jeden Verwaltungshandelns aus, der es grundsÃ¤tzlich verlangt, rechtswidrige Verwaltungsakte zu beseitigen. Dem steht allerdings gegenÃ¼ber, dass der fÃ¼r die Rechtswidrigkeit nicht verantwortliche Betroffene grundsÃ¤tzlich auf die RechtmÃ¤Ãigkeit des Verwaltungshandelns vertrauen darf und vor der RÃ¼cknahme geschÃ¼tzt sein soll. Um den Widerstreit zwischen diesen beiden GrundsÃ¤tzen zu lÃ¶sen, muss im Einzelfall eine AbwÃ¤gung darÃ¼ber erfolgen, welches Interesse Ã¼berwiegt, das der Allgemeinheit auf Herstellung eines gesetzmÃ¤Ãigen Zustandes oder das des gutglÃ¤ubigen BegÃ¼nstigten an der Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes. Bei Verwaltungsakten, mit denen Dauerleistungen bewilligt worden sind, ist das Ã¶ffentliche Interesse an der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes in der Regel hÃ¶her einzuschÃ¤tzen als bei der GewÃ¤hrung einmaliger Leistungen, weil eine Dauerleistung die Allgemeinheit regelmÃ¤Ãig stÃ¤rker belastet als eine einmalige Leistung. Das gilt jedenfalls fÃ¼r Dauerleistungen, die fÃ¼r sehr lange Zeit gewÃ¤hrt werden mÃ¼ssten. Diese gewichtigen Ã¶ffentlichen Interessen schlieÃen es im Einzelfall jedoch nicht aus, das Individualinteresse des rechtswidrig BegÃ¼nstigten als bedeutsamer anzusehen und einen Ausschluss der RÃ¼cknahme nach Â§ 45 Abs. 2 SGB X zu bejahen. Das setzt zunÃ¤chst voraus, dass der Betroffene auf den Bestand der Leistungsbewilligung vertraut hat, wofÃ¼r eine Vermutung spricht.

Â

Nach MaÃgabe der skizzierten GrundsÃ¤tze fÃ¤llt vorliegend die VertrauensschutzprÃ¼fung zugunsten des KlÃ¤gers aus. Dabei ist Vertrauensschutz ersichtlich nicht nach Â§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X ausgeschlossen. Bei der VertrauensschutzprÃ¼fung nach Â§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X ist zu beachten, dass die Belastung fÃ¼r die Allgemeinheit durch die zu hoch bewilligte Leistung recht gering ausfÃ¤llt, geht es doch vorliegend nur noch um acht Monate (November

2012 bis Juni 2013). Zwar spricht hier nichts dafÃ¼r, dass der KlÃ¤ger im Sinne von Â§ 45 Abs. 2 Satz 2 SGB X eine VermÃ¶gensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rÃ¼ckgÃ¤ngig machen kann. Aber selbst wenn der KlÃ¤ger nicht schon nach Â§ 45 Abs. 2 Satz 2 SGB X Vertrauensschutz genieÃt, sprechen hier andere UmstÃ¤nde fÃ¼r die Annahme seiner SchutzwÃ¼rdigkeit. So ist zugunsten des KlÃ¤gers in Betracht zu ziehen, dass die Unrichtigkeit des Anpassungsbescheides vom 14. Juni 2012 allein in den Verantwortungsbereich des Beklagten fÃ¤llt und dass durch grobe Fehler der Verwaltung bei Erlass des rechtswidrigen begÃ¼nstigenden Verwaltungsakts das Vertrauen des BegÃ¼nstigten in die Bestandskraft der Leistungsbewilligung nachhaltig gestÃ¤rkt wird. Weiter ist beachtlich, dass mit zunehmendem zeitlichen Abstand vom Zeitpunkt der Leistungsbewilligung die Stellung des rechtswidrig BegÃ¼nstigten gestÃ¤rkt wird. Unmittelbar liegt hier zwar nur ein kurzer Zeitraum vor, wenn man den zwischen Erlass des Bescheides vom 14. Juni 2012 und Erlass des Aufhebungsbescheides vom 1. Oktober 2012 heranzieht. Hier ist aber zu beachten, dass eine Perpetuierung des Fehlers stattgefunden hat, als der Beklagte denselben Fehler schon mit seinem Anpassungsbescheid vom 16. Juni 2011 gemacht hat.

Â

FÃ¤llt die VertrauensschutzprÃ¼fung hier zugunsten des KlÃ¤gers aus, kann dahinstehen, ob daneben Raum fÃ¼r eine Ermessensentscheidung des Beklagten bestÃ¼nde. Denn jedenfalls hat der Beklagte kein Ermessen ausgeÃ¼bt.

Â

Kein anderes Ergebnis folgt daraus, dass der Bescheid vom 14. Juni 2012 unter einem Vorbehalt erlassen worden ist. Denn ungeachtet der Rechtsnatur dieses Vorbehaltes haben die im Bescheid insoweit in Bezug genommenen ÃnderungÃ¤n von Verordnungen mit dem hier gemachten Fehler nichts zu tun.

Â

Noch hÃ¶here als mit Bescheiden vom 16. Juni 2011 und vom 14. Juni 2012 bewilligte Leistungen stehen dem KlÃ¤ger aus den genannten GrÃ¼nden nicht zu. Schon die mit diesen Bescheiden bewilligten Leistungen sind deutlich zu hoch.

Â

Die Kostenentscheidung beruht auf Â§ 193 SGG.

Â

GrÃ¼nde fÃ¼r eine Zulassung der Revision (Â§ 160 Abs. 2 SGG) liegen nicht vor.

Â

Erstellt am: 16.05.2022

Zuletzt verändert am: 22.12.2024