



HVBG

HVBG-Info 01/1984 vom 05.01.1984, S. 0069 - 0073, DOK 402.2/017-BSG

JAV-Berechnung nach § 571 Abs. 1 Satz 2 RVO (Arbeitseinkommen bei Fehlzeiten) - BSG-Urteil vom 20.10.1983 - 2 RU 7/83

JAV-Berechnung nach § 571 Abs. 1 Satz 2 RVO (Arbeitseinkommen bei Fehlzeiten);

hier: BSG-Urteil vom 20.10.1983 - 2 RU 7/83 - (Zurückverweisung an das LSG)

Das BSG hat mit Urteil vom 20.10.1983 - 2 RU 7/83 - in einer Zurückweisung an das LSG entschieden, wie der für die Verletztenrente (Arbeitsunfall vom 28.8.1972 mit davorliegenden Fehlzeiten im Arbeitseinkommen) des Klägers maßgebende JAV nach § 571 Abs. 1 Satz 2 RVO zu berechnen ist. In diesem Zusammenhang weisen wir auf folgende Ausführungen im o.g. BSG-Urteil hin: "Der Kläger war im Jahre vor dem Arbeitsunfall (28.8.1971 bis 27.8.1972) in der Zeit vom 28. August 1971 bis 17. Mai 1972 und vom 11. Juli 1972 bis 12. August 1972 ohne Arbeitseinkommen, so daß der JAV nicht nach dieser Vorschrift, sondern nach § 571 Abs. 1 Satz 2 RVO zu berechnen ist. Mit dieser Regelung soll bezweckt werden, daß der durch den Ausfall von Arbeitseinkommen während eines Teiles des Jahres vor dem Arbeitsunfall bedingte niedrigere Lebensstandard, der in der Regel nicht lange anhält, nicht zum Maßstab für die gesamte Laufzeit der Rente gemacht wird (BSGE a.a.O.; BSGE 44, 12, 14; BSG-Urteile vom 22. November 1979 - 8a RU 28/79 - und vom 11. Februar 1981 - 2 RU 69/79 -). Die Anwendung des § 571 Abs. 1 Satz 2 RVO entfällt in Fällen der vorliegenden Art nicht deshalb, weil der teilweise Verdienstaussfall im Jahre vor dem Arbeitsunfall aufgrund einer eigenen Willensentscheidung des Verletzten eingetreten ist. Es ist vielmehr insoweit grundsätzlich unerheblich, aus welchen Gründen es innerhalb des Jahres vor dem Arbeitsunfall zu Zeiten ohne Arbeitseinkommen gekommen ist. Davon zu trennen ist die Frage, ob der solchermaßen ermittelte JAV bei erheblicher Unbilligkeit gem. § 577 RVO zu korrigieren ist (BSG a.a.O.).

Der ersten Zeit ohne Arbeitseinkommen vom 28. August 1971 bis 17. Mai 1972, während der Kläger die Schule besuchte und die Reifeprüfung ablegte, war eine Beschäftigung des Klägers als Werkschüler bei der Firma D L in L vorausgegangen. Diese Tätigkeit hat das LSG zu Recht bei der Berechnung des JAV berücksichtigt. Sie stand mit der im Unfallzeitpunkt ausgeübten Tätigkeit in einem durch sein Arbeitsleben bestimmten Zusammenhang (BSGE 28, 274, 277; BSG-Urteil vom 24. April 1975 - 8 RU 36/74 - Lauterbach Kartei Nr. 9686 zu § 571 RVO). Der Kläger ist mehrfach während der Schulzeit (Ferien) erwerbstätig gewesen und hat diese Tätigkeit auch nach Ablegung der Reifeprüfung bei der Bundespost und beim M fortgesetzt.

Das LSG hat für die erste Zeit ohne Arbeitseinkommen vom 28. August 1971 bis 17. Mai 1972 (264 Tage) das entsprechende Vielfache des täglichen Bruttoverdienstes des Klägers von 8,42 DM

während seiner Tätigkeit bei der Firma D L (2.222,88 DM) für die Berechnung des JAV in Ansatz gebracht. Das ist methodisch nicht richtig, wenn auch möglicherweise im Ergebnis zutreffend. Wie das BSG bereits entschieden hat, ist bei der Anwendung des § 571 Abs. 1 Satz 2 RVO nicht das vom Verletzten vor der Zeit ohne Arbeitseinkommen erzielte Arbeitseinkommen zur Auffüllung heranzuziehen, sondern es muß ein fiktives Arbeitseinkommen für die Zeit ohne Arbeitseinkommen ermittelt werden. Das geschieht in der Weise, daß festgestellt wird, welches Arbeitseinkommen durch eine Tätigkeit erzielt worden wäre, die der letzten Tätigkeit des Verletzten vor der Zeit ohne Arbeitseinkommen entspricht. Es muß somit ermittelt werden, wieviel ein dem Verletzten gleichartiger Arbeitnehmer in der Zeit, in der der Verletzte kein Arbeitseinkommen bezog, erzielt hat oder wahrscheinlich erzielt hätte (BSGE 43, 204, 206; 51, 178, 181). Der Verletzte ist so zu stellen, als ob er auch während der Ausfallzeit eine der zuletzt ausgeübten entsprechende Tätigkeit verrichtet hätte. Eine solche Tätigkeit ist die eines Werkschülers und nicht, wie der Kläger meint, die eines vollschieftig arbeitenden Hilfsarbeiters mit Akkordlohn. Vom LSG wäre festzustellen gewesen, was ein Werkschüler, wie der Kläger einer war, in der Zeit ohne Arbeitseinkommen vom 28. August 1971 bis 17. Mai 1972 verdient haben würde. Das ist offensichtlich nicht geschehen und muß vom LSG daher nachgeholt werden. Möglicherweise ergibt sich wegen der zeitlichen Nähe zur Tätigkeit des Klägers bei der Firma D L kein höherer Verdienst als er vom LSG angenommen worden ist. Für die Zeit der Tätigkeit des Klägers bei der Bundespost vom 18. Mai 1972 bis 10. Juli 1972 und die daran anschließende zweite Zeit ohne Arbeitseinkommen vom 11. Juli 1972 bis 12. August 1972 ist das LSG, der Auffassung der Beklagten folgend, von einem Nettoeinkommen ausgegangen, das der Kläger während der Beschäftigung bei der Bundespost vom 15. Mai 1972 bis 10. Juli 1972 tatsächlich erzielt hat. Zutreffend weist die Revision auf die Entscheidung des 8. Senats des BSG vom 22. November 1979 - 8a RU 28/79 - hin, wonach sowohl für das tatsächlich erzielte als auch für die Zeit ohne Arbeitseinkommen zugrunde zu legende fiktive Arbeitseinkommen von einem Bruttoarbeitseinkommen auszugehen ist, es sei denn, die Tätigkeit war und wäre sozialversicherungs- und steuerfrei. Diese Auffassung teilt der erkennende Senat (ebenso Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, 9. Aufl. S. 574d; Gitter in SGB - Sozialversicherung - Gesamtkommentar, § 571 Anm. 3 Buchst. d; s. auch § 14 SGB IV). Den Feststellungen des LSG kann jedoch nicht entnommen werden, daß es das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zugrundelegung des Nettoeinkommens als gegeben angesehen hat. Das LSG wird diese Feststellungen nachzuholen haben.

Erst nachdem der JAV nach § 571 Abs. 1 Satz 2 RVO berechnet ist, kann geprüft werden, ob der JAV in erheblichem Maße unbillig ist, so daß er gem. § 577 RVO im Rahmen des § 575 RVO nach billigem Ermessen festgestellt werden muß. Dabei ist neben dem schon von der Beklagten erwähnten Urteil des erkennenden Senats vom 28. Juli 1982 (2 RU 47/81 = SozR 2200 § 571 Nr. 21) auch das weitere Urteil vom 19. Mai 1983 (2 RU 62/82) zu berücksichtigen."

Die in dem BSG-Urteil vom 20.10.1983 - 2 RU 7/83 - u.a. zitierten BSG-Entscheidungen haben wir wie folgt bekanntgegeben:

BSG-Urteil vom 24.02.1977 - 8 RU 54/76 - VB 63/77;

BSG-Urteil vom 22.11.1979 - 8a RU 28/79 - VB 98/80;

BSG-Urteil vom 11.02.1981 - 2 RU 69/79 - VB 90/81;

BSG-Urteil vom 28.07.1982 - 2 RU 47/81 - VB 190/82 sowie

BSG-Urteil vom 19.05.1983 - 2 RU 62/82 - VB 82/83.

