

Bundessozialgericht

- 1 RJ 64/78 -

I m N a m e n d e s V o l k e s

U r t e i l
in dem Rechtsstreit

.....
Kläger und Revisionsbeklagter,
Prozeßbevollmächtigte:
.....

g e g e n

.....
Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat am
14. Dezember 1978 ohne mündliche Verhandlung
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 10. Februar 1978
abgeändert.

Die Klage wird in vollem Umfange abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits sind
nicht zu erstatten.



- 2 -

G r ü n d e :

I

Die Beklagte wendet sich gegen ihre Verurteilung zur Berücksichtigung einer weiteren Ersatzzeit bei der Berechnung des dem Kläger bewilligten flexiblen Altersruhegeldes.

Der am 5. Juli 1912 geborene Kläger war mit Unterbrechung durch den in den Jahren 1932 und 1933 geleisteten freiwilligen Arbeitsdienst bis zum 30. September 1934 versicherungspflichtig beschäftigt. Vom 28. Oktober 1934 bis zum 31. März 1939 leistete er als längerdienender Freiwilliger mit einer Dienstverpflichtung auf 4 1/2 Jahre Wehrdienst. In der Folgezeit übte er bis zum 15. Juli 1975 mit Unterbrechungen wiederum versicherungspflichtige Beschäftigungen aus.

Auf seinen Antrag vom 9. Juli 1975 bewilligte ihm die Beklagte mit Bescheid vom 16. September 1975 für die Zeit ab 1. August 1975 das flexible Altersruhegeld. Bei der Ermittlung der anrechnungsfähigen Versicherungsjahre ließ sie die Zeit vom 28. Oktober 1934 bis zum 31. März 1939 unberücksichtigt. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein. Im Verlaufe des Widerspruchsverfahrens erteilte ihm das Landesamt für Besoldung und Versorgung Nordrhein-Westfalen die Bescheinigung vom 27. September 1976, wonach die Zeit vom 28. Oktober 1936 bis 31. März 1939 für die Nachversicherung nach § 99 des Allgemeinen Kriegsfolgengesetzes (AKG) in Betracht kommt. Die Beklagte half daraufhin dem Widerspruch des Klägers insofern ab, als sie die Zeit vom 28. Oktober 1936 bis 31. März 1939 als Nachversicherungszeit in der Angestelltenversicherung anerkannte. Im übrigen wies sie den Widerspruch zurück (Widerspruchsbescheid vom 14. April 1977).

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 3 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Auf die Klage hat das Sozialgericht (SG) Gelsenkirchen unter Abänderung des Bescheides vom 16. September 1975 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 14. Juli 1977 die Beklagte verurteilt, dem Kläger Altersruhegeld unter Berücksichtigung einer Ersatzzeit vom 21. Mai 1935 bis 27. Oktober 1936 zu zahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen (Urteil vom 10. Februar 1978). Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der Kläger habe vom 28. Oktober 1934 an militärischen Dienst als Soldat geleistet. Vom Inkrafttreten des Wehrgesetzes am 21. Mai 1935 an sei dieser Dienst aufgrund gesetzlicher Wehrpflicht geleistet worden. Der Kläger sei damals wehrpflichtig gewesen und habe als nicht zur Erfüllung der aktiven Dienstpflicht Einberufener der Ersatzreserve angehört. Zwar sei er als Angehöriger des Jahrganges 1912 nicht zur Erfüllung der aktiven Wehrdienstpflicht einberufen worden, weil in seinem Wohnbereich die Einberufung im Herbst 1935 nur für die zur Musterung und Aushebung herangezogenen Wehrpflichtigen des Jahrgangs 1914 erfolgt sei. Er habe jedoch als Angehöriger des Beurlaubtenstandes zu Übungen oder sonstigem aktivem Wehrdienst herangezogen werden können und damit seinen militärischen Dienst aufgrund gesetzlicher Wehrpflicht geleistet. An seinem Status als Wehrpflichtiger ändere sich nichts dadurch, daß er freiwillig gedient habe. Das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 3. April 1973 - 1 RA 135/72 - (SozR RVO § 1251 Nr 65) könne keine Anwendung finden. In jenem Fall habe es sich um einen Berufssoldaten mit entsprechenden Dienstbezügen und einem Anspruch auf Versorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften gehandelt. Der Kläger hingegen sei nur längerdienender Freiwilliger gewesen und habe Wehrsold erhalten. Eine Anrechnung des vor dem 21. Mai 1935 geleisteten freiwilligen Wehrdienstes als Ersatzzeit könne der Kläger nicht verlangen.

Mit der durch Beschluß des SG zugelassenen Sprungrevision macht die Beklagte geltend, das SG habe die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht berücksichtigt. Es treffe nicht zu, daß

- 4 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 4 -

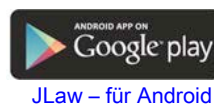
der Kläger auch in der Zeit vor dem Inkrafttreten des Wehrgesetzes Wehrdienst als längerdienender Freiwilliger geleistet habe. Der Eintritt in die damalige Reichswehr während dieser Zeit sei immer die Entscheidung für eine - wenn auch möglicherweise nur vorübergehende - berufliche Tätigkeit gewesen. Dem stehe nicht entgegen, daß von Ende 1933/Anfang 1934 an im Hinblick auf das zu erwartende Wehrpflichtgesetz Verpflichtungen nur noch für ein oder anderthalb Jahre vorgenommen worden seien. Gleichwohl sei der sogar für 4 1/2 Jahre verpflichtete Kläger Berufssoldat gewesen. Dieser Status habe nach dem Inkrafttreten des Wehrgesetzes fortbestanden; eine weitere Verpflichtung oder eine Abänderung des Verpflichtungsscheins hätten nicht stattgefunden. Der Kläger habe damit nicht aufgrund gesetzlicher Dienst- oder Wehrpflicht militärischen Dienst geleistet. Aber selbst wenn er nicht Berufssoldat gewesen sei, könne sein Status als Wehrpflichtiger nicht allein deshalb zur Anrechnung einer Ersatzzeit führen, weil er zu Übungen oder sonstigem aktiven Wehrdienst hätte einberufen werden können. Rechtsfolgen könnten allein aus einem tatsächlich vorliegenden, nicht dagegen aus einem nur möglichen Tatbestand hergeleitet werden. Angehörige des Jahrganges 1912 seien nicht vor dem 16. Oktober 1939 gemustert worden; ihre Einberufung habe Mitte Februar 1940 begonnen. Der Kläger habe sich damit durch vorzeitigen freiwilligen Dienst auch nicht eine zu erwartende Einberufung ersparen bzw. ihr zuvorkommen können. Daß die Wehrpflicht im Falle des Klägers als erfüllt "gelte", könne an dem tatsächlich vorliegenden Tatbestand nichts ändern. Im übrigen habe das SG unberücksichtigt gelassen, daß Soldaten, die nach dem 31. Mai 1922 und vor dem 1. Oktober 1935 freiwillig der damaligen Reichswehr beigetreten seien, auf Antrag der Versicherungspflicht unterlegen hätten und somit an einer Beitragsleistung nicht gehindert gewesen seien. Dies aber sei Voraussetzung für die Anrechenbarkeit einer Ersatzzeit schlechthin.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 5 -



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Beklagte beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen
vom 10. Februar 1978 abzuändern und die
Klage in vollem Umfange abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Er trägt vor, er habe bei seinem Dienstantritt am
28. Oktober 1934 nicht zu dem Personenkreis der
Berufssoldaten mit zwölfjähriger Dienstverpflichtung
gehört. Das bis zum 21. Mai 1935 geltende Wehrgesetz
habe den Begriff des "längerdienenden Freiwilligen"
mit einer Dienstzeit unter 12 Jahren nicht gekannt.
Damit fehle es an dienstrechtlichen Grundlagen für
die Feststellung, daß er habe Berufssoldat sein
können. Im übrigen habe er mit dem vorgezogenen
freiwilligen Dienst ab 21. Mai 1935 seine Wehr-
pflicht erfüllt.

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer
Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gemäß § 124
Abs 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) erklärt.

II

Die Revision der Beklagten ist zulässig und be-
gründet.

Die Beteiligten streiten in der Revisionsinstanz
darum, ob bei der Berechnung des dem Kläger be-
willigten flexiblen Altersruhegeldes die Zeit vom
21. Mai 1935 bis zum 27. Oktober 1936 als Ersatz-
zeit zu berücksichtigen ist. Rechtsgrundlage hier-
für ist § 1251 Abs 1 Nr 1 der Reichsversicherungs-
ordnung (RVO) in der Fassung des Renten-



- 6 -

versicherungs-Änderungsgesetzes (RVÄndG) vom 9. Juni 1965 (BGBl I S. 476). Danach werden für die Erfüllung der Wartezeit als Ersatzzeiten angerechnet - und damit zugleich bei der Ermittlung der Anzahl der anrechnungsfähigen Versicherungsjahre im Sinne der §§ 1253, 1254 RVO berücksichtigt - Zeiten des militärischen oder militärähnlichen Dienstes im Sinne der §§ 2 und 3 des Bundesversorgungsgesetzes (BVG), der aufgrund gesetzlicher Dienst- oder Wehrpflicht oder während eines Krieges geleistet worden ist.

Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen dieser Vorschrift für eine Berücksichtigung der Zeit vom 21. Mai 1935 bis zum 27. Oktober 1936 als Ersatzzeit nicht. Zwar hat er während dieses Zeitraums militärischen Dienst geleistet. Dazu gehört ua jeder nach deutschem Wehrrecht geleistete Dienst als Soldat (§ 2 Abs 1 Buchst a BVG). Er hat jedoch diesen Dienst entgegen der Ansicht des SG nicht aufgrund gesetzlicher Dienst- oder Wehrpflicht geleistet.

Das SG hat dies bejaht, weil der Kläger während des fraglichen Zeitraums wehrpflichtig gewesen sei und sich an diesem Status dadurch, daß er freiwillig gedient habe, nichts geändert habe. Ersteres trifft zu. Der Kläger ist nach dem 31. März 1933 beim Reichsheer eingestellt worden. Damit sind für ihn die Vorschriften des Wehrgesetzes (WehrG) vom 21. Mai 1935 (RGBl I S. 609) uneingeschränkt anwendbar gewesen (§ 36 Abs 3 WehrG). Nach diesem Gesetz ist "jeder deutsche Mann" wehrpflichtig gewesen (§ 1 Abs 2 WehrG). Die Wehrpflicht hat vom vollendeten 18. Lebensjahr bis zu dem auf die Vollendung des 45. Lebensjahres folgenden 31. März gedauert (§ 4 WehrG). Ihr hat somit auch der Kläger als Angehöriger des Geburtsjahrganges 1912 unterlegen. Allerdings ist er entgegen der Ansicht des SG nicht Angehöriger der Ersatzreserve gewesen. Hierzu haben diejenigen Wehrpflichtigen gehört, die nicht zur Erfüllung der aktiven Dienstpflicht nach § 8 Abs 1 WehrG einberufen worden sind (§ 10 WehrG). Der Kläger hingegen hat aktiven

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 7 -



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw - für Android](#)[JLaw - für iOS](#)

Wehrdienst geleistet. In diesem haben neben dem Wehrpflichtigen während der Erfüllung der aktiven Dienstpflicht nach § 8 Abs 1 WehrG ua auch aktive Offiziere und solche Unteroffiziere und Mannschaften gestanden, die freiwillig länger als nach § 8 Abs 1 WehrG festgesetzt gedient haben (§ 7 Abs 1 Satz 2 Buchst a Nrn 1 und 2 WehrG).

Allein daraus, daß der Kläger während des streitigen Zeitraumes wehrpflichtig gewesen ist, folgt noch nicht, daß er militärischen Dienst aufgrund gesetzlicher Dienst- oder Wehrpflicht im Sinne des § 1251 Abs 1 Nr 1 RVO geleistet hat. Zwar steht der Berücksichtigung einer Zeit des militärischen Dienstes als Ersatzzeit nicht entgegen, daß sich der Versicherte bereits zu einem früheren als dem vorgeschriebenen Zeitpunkt (BSG SozR RVO § 1251 Nrn 7, 54, 56) oder als Angehöriger der Ersatzreserve (vgl BSG SozR 2200 § 1251 Nr 15, 24) zur Ableistung der aktiven Dienstpflicht verpflichtet hat. Ebenso ist eine Zeit des militärischen Dienstes jedenfalls bis zur Dauer der einer aktiven Dienstpflicht entsprechenden Dienstzeit dann als Ersatzzeit zu berücksichtigen, wenn sich der Versicherte erst nach dieser Zeit oder für die Zeit nach ihrer Beendigung als "Längerdienender" zur Ableistung längeren Wehrdienstes verpflichtet und diesen vorher noch nicht berufsmäßig ausgeübt hat (BSG SozR 2200 § 1251 Nr 25). Andererseits aber können Friedensdienstzeiten eines Berufssoldaten selbst dann nicht als Ersatzzeiten berücksichtigt werden, wenn der Berufssoldat ohne die Ausübung seines Berufes während derselben Zeit aufgrund gesetzlicher Wehrpflicht Militärdienst zu leisten gehabt hätte (BSG SozR RVO § 1251 Nrn 7 und 65; 2200 § 1251 Nr 26). Dasselbe muß dann gelten, wenn ein längerdienender Freiwilliger sich bereits vor Beginn seiner Dienstzeit zur Ableistung eines längeren Wehrdienstes verpflichtet und diesen von Beginn an aufgrund dieser längerfristigen Verpflichtung ausgeübt hat. Auch in diesem Falle fehlt es an der Grundvoraussetzung für alle Ersatzzeittatbestände des § 1251 Abs 1 RVO, daß der Versicherte durch Eingriffe von hoher Hand an der Ausübung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung und damit



an der Entrichtung von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung gehindert worden ist (BSGE 37, 152, 153; 44, 218, 219; BSG SozR 2200 § 1251 Nr 8 mwN, Nr 26). Vielmehr ist der längerdienende Freiwillige aufgrund seines eigenen Entschlusses und somit allein durch seiner Einflusssphäre zuzurechnende Umstände an der Beitragsentrichtung aufgrund der Ausübung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gehindert. Das muß jedenfalls dann uneingeschränkt gelten, wenn er die Verpflichtung zur Ableistung eines längeren Wehrdienstes bereits in der Zeit vor Einführung der allgemeinen Wehrpflicht eingegangen ist. Deren nachträgliche Einführung kann dem Wehrdienst nicht rückwirkend den Charakter der Freiwilligkeit nehmen (vgl auch BSG SozR RVO § 1251 Nr 40; 2200 § 1251 Nr 13).

So liegt der Fall beim Kläger. Nach den für den Senat bindenden (§ 163 SGG) Feststellungen des SG hat er den Wehrdienst bereits vom 28. Oktober 1934 an als längerdienender Freiwilliger geleistet. Zu diesem Zeitpunkt hat ungeachtet des heimlichen Aufbaues der Wehrmacht (vgl BSG SozR 2200 § 1251 Nr 8) eine allgemeine Wehrpflicht noch nicht bestanden. Sie ist erst durch das Gesetz für den Aufbau der Wehrmacht vom 16. März 1935 (RGBl I S. 375) eingeführt worden. Bis zu diesem Zeitpunkt war die allgemeine Wehrpflicht im Reich und in den Ländern abgeschafft (§ 1 Abs 3 des WehrG vom 23. März 1921, RGBl S. 329). Der Kläger hat sich demnach vor deren Wiedereinführung zur Ableistung eines längeren Militärdienstes verpflichtet.

Seine Ansicht, der Kläger habe während des fraglichen Zeitraums militärischen Dienst aufgrund gesetzlicher Dienst- oder Wehrpflicht geleistet, hat das SG ergänzend darauf gestützt, daß in der Bescheinigung des Landesamtes für Besoldung und Versorgung Nordrhein-Westfalen vom 27. September 1976 über die Nachversicherung des Klägers nach § 99 AKG sein Rechtsstand mit "längerdienender Freiwilliger" angegeben worden ist. Dies läßt jedoch genau die



entgegengesetzte wie die vom SG gezogene Schlußfolgerung zu. Nach § 99 Abs 1 AKG in der Fassung des Art 6 § 20 des Fremdenten- und Auslandsrenten-Neuregelungsgesetzes (FANG) vom 25. Februar 1960 (BGBl I S. 93, 125) gelten vor dem 8. Mai 1945 ausgeschiedene Angehörige des öffentlichen Dienstes, die ua vom Deutschen Reich nach den im Zeitpunkt ihres Ausscheidens geltenden Vorschriften der Reichsversicherungsgesetze für die Zeit ihrer versicherungsfreien Beschäftigung nachzuversichern waren und nicht nachversichert worden sind, als für diese Zeit nachversichert, wenn sie nicht bereits aufgrund anderer Vorschriften für diese Zeit als nachversichert gelten. Die Vorschrift stellt eine ergänzende Regelung zu § 72 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen (G 131), jetzt gültig in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Oktober 1965 (BGBl I S. 1685), dar. Nach § 72 G 131 gelten unter Art 131 GG fallende Personen, die nach der Regelung des G 131 keinen Anspruch oder keine Anwartschaft auf Alters- und Hinterbliebenenversorgung haben, für sämtliche Zeiten als nachversichert, in denen sie vor Ablauf des 8. Mai 1945 wegen ihrer Beschäftigung im öffentlichen Dienst nach den Vorschriften der Reichsversicherungsgesetze in den gesetzlichen Rentenversicherungen versicherungsfrei waren oder der Versicherungspflicht nicht unterlagen. Diese Vorschrift erfaßt nur die bis zum 8. Mai 1945 im öffentlichen Dienst Beschäftigten, nicht hingegen die bereits vor diesem Zeitpunkt aus einem kraft Gesetzes versicherungsfreien Beschäftigungsverhältnis ohne Versorgung ausgeschiedenen Angehörigen des öffentlichen Dienstes. Für diesen Personenkreis trifft § 99 AKG eine dem § 72 G 131 entsprechende Regelung (vgl Féaux de la Croix, Die Kriegsfolgenschlußgesetzgebung, § 99 AKG, Anm 1, S. AKG 564). Seine Anwendbarkeit setzt ebenso wie diejenige des § 72 G 131 voraus, daß der als nachversichert Geltende Angehöriger des öffentlichen Dienstes gewesen ist. Das muß auch auf den Kläger zutreffen. Der Bescheinigung vom 27. September 1976 über seine Nachversicherung nach § 99 AKG muß

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 10 -

somit entgegen der Ansicht des SG entnommen werden, daß er Wehrdienst als berufsmäßiger Angehöriger des öffentlichen Dienstes geleistet hat. Das bezieht sich auch auf die hier streitige Zeit vor dem 28. Oktober 1936. Zwar gilt der Kläger erst als von diesem Tage an nachversichert. Das bedeutet jedoch nicht, daß er auch erst von diesem Tage an Angehöriger des öffentlichen Dienstes gewesen ist. Die Nichtberücksichtigung der beiden ersten Jahre seiner Wehrdienstleistung beruht vielmehr darauf, daß nach § 1242 b Abs 1 RVO in der Fassung des Gesetzes über den Ausbau der Rentenversicherung vom 21. Dezember 1937 (RGBl I S.1393) die Nachversicherung ausscheidender Soldaten erst für die Zeit nach Vollendung der zweijährigen Dienstzeit durchzuführen war.

Der Kläger hat nach alledem auch in der Zeit ab Inkrafttreten des WehrG vom 21. Mai 1935 militärischen Dienst nicht aufgrund gesetzlicher Dienst- oder Wehrpflicht geleistet. Das SG hat die Beklagte zu Unrecht zur Berücksichtigung der Zeit vom 21. Mai 1935 bis 27. Oktober 1936 als Ersatzzeit verpflichtet. Dies muß zur Abänderung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage in vollem Umfange führen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 11 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 Abs 1 SGG.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)