

Bundessozialgericht
- 11 RA 50/79 -

B e s c h l u ß
in dem Rechtsstreit

.....
Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....
Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die
mündliche Verhandlung vom 10. September 1980
beschlossen:

Es wird beim 1. und 4. Senat des Bundessozialgerichts
angefragt, ob der 1. Senat an der im Urteil vom 12. De-
zember 1979 - 1 RA 101/78 - (DangVers 1980, 135), der
4. Senat an der in den Urteilen vom 28. November 1973
- 4 RJ 253/72 und 267/72 - vertretenen Ansicht fest-
halten, daß der Beamtenanwärtern in der Zeit vor Oktober
1944 ua nach Maßgabe des Erlasses des Reichsministers
der Finanzen vom 15. Februar 1939 (Reichsbesoldungsblatt
1939, 29 ff) gezahlte Unterhaltszuschuß kein Entgelt im
Sinne des § 160 RVO in der damals geltenden Fassung ist.

- 2 -



- 2 -

G r ü n d e :

I

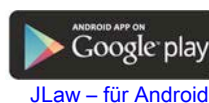
In der dem 11. Senat vorliegenden Revisionssache 11 RA 50/79 ist streitig, ob der Kläger für die Zeit vom 1. April 1943 bis zum 30. September 1944 gemäß § 72 des Gesetzes zu Art 131 des Grundgesetzes (G 131) als nachversichert gilt. In dieser Zeit bezog er als Finanzanwärter (Beamter auf Widerruf) Unterhaltszuschuß. Nach Vorlage einer vom Beigeladenen erteilten Bescheinigung über die dienstrechtlichen Voraussetzungen der Nachversicherung stellte die Beklagte fest, daß der Kläger (nur) für die Zeit vom 1. Oktober 1944 bis zum 8. Mai 1945 als nachversichert gelte; Zeiten eines Beamtenverhältnisses auf Widerruf vor dem 1. Oktober 1944, in denen nur ein Unterhaltszuschuß bezogen worden sei, könnten bei der fiktiven Nachversicherung nach § 72 G 131 nicht berücksichtigt werden (Bescheid vom 23. Juni 1976, Widerspruchsbescheid vom 11. März 1977). Die Klage hatte vor dem Sozialgericht (SG) Erfolg (Urteil vom 23. Oktober 1978), wurde aber vom Landessozialgericht (LSG) abgewiesen, dader Kläger ohne die Versicherungsfreiheit als Beamtenanwärter nicht versicherungspflichtig gewesen sei; nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) hätten Unterhaltszuschüsse vor Oktober 1944 kein Entgelt dargestellt (Urteil vom 3. April 1979).

Mit der Revision rügt der Kläger Verletzung des § 72 G 131; er verweist ua darauf, daß das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in Urteilen aus den Jahren 1965 und 1972 auch die vor Oktober 1944 gezahlten Unterhaltszuschüsse als Entgelt angesehen habe.

- 3 -



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



- 3 -

II

Der Senat hat die im Tenor bezeichneten Anfragen an den 1. und den 4. Senat des BSG beschlossen, weil er von Entscheidungen dieser Senate abweichen will (§ 42 des Sozialgerichtsgesetzes -SGG-). Dabei geht er davon aus, daß in dem ihm vorliegenden Fall die Frage, ob der vom Kläger bezogene Unterhaltszuschuß Entgelt iS des § 160 der Reichsversicherungsordnung (RVO) aF war, entscheidungserheblich ist.

Die dienstrechtlichen Voraussetzungen des § 72 G 131 sind gegeben, wie der Beigeladene festgestellt hat. Desgleichen war der Befreiungstatbestand des § 12 Abs 1 Nr 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes - AVG - (Fassung: 10. November 1922) erfüllt, da der Kläger als Beamter auf Widerruf ausschließlich zu seiner Ausbildung beschäftigt wurde, wie sich aus dem gemäß § 12 Abs 2 AVG aF iVm § 11 Abs 2 AVG aF maßgebenden Erlaß des Reichsministers der Finanzen vom 6. Oktober 1921 - III P 5771/21 - II p 88/22 - ergibt.

Eine fiktive Nachversicherung nach § 72 G 131 setzt jedoch wie diejenige nach § 99 des Allgemeinen Kriegsfolgenrechts (AKG) und die faktische Nachversicherung nach § 9 AVG (soweit nichts anderes bestimmt ist) eine Kausalität in dem Sinne voraus, daß Versicherungspflicht bestanden haben muß, wenn die für eine Beschäftigung im öffentlichen Dienst geltenden Sondervorschriften hinweggedacht werden. Diese kausale Voraussetzung ergibt sich für § 72 G 131 aus dem Wort "wegen", bei § 9 AVG aus dem Wort "sonst"; sie folgt im übrigen auch daraus, daß das Gesetz an die Versicherungsfreiheit "nach bestimmten Vorschriften" anknüpft (vgl BSGE 17, 206, 209; SozR Nr 7 zu § 72 G 131; Urteil vom 12. Dezember 1979 - DAngVers 1980, 135).

- 4 -



- 4 -

An dieser Kausalität fehlt es, wenn der Unterhaltszuschuß kein Entgelt im Sinne des damaligen Sozialversicherungsrechts war. Denn eine Beschäftigung war nur angestelltenversicherungspflichtig, wenn sie gegen Entgelt erfolgte (§ 1 Abs 2 AVG idF des Gesetzes vom 23. Dezember 1936 iVm § 165 Abs 2 RVO idF der Ersten Lohnabzugsverordnung -LAV- vom 1. Juli 1941 - RGBI I S 362). Gemäß § 1 Abs 3 AVG aF war der Begriff des Entgelts dem § 160 RVO zu entnehmen, der für den streitigen Zeitraum idF der 1. LAV vom 1. Juli 1941 galt. War der Unterhaltszuschuß hiernach Entgelt, so war der Kläger nur nach § 12 Abs 1 Nr 1 AVG versicherungsfrei, so daß in diesem Falle die fiktive Nachversicherung eingreift. War der Unterhaltszuschuß dagegen kein Entgelt, so bestand ohne den Befreiungstatbestand des § 12 Abs 1 Nr 1 keine Versicherungspflicht, was die fiktive Nachversicherung ausschließt.

III

1. Bei den Anfragen an den 1. und den 4. Senat verkennt der 11. Senat nicht, daß das BSG bisher in ständiger Rechtsprechung die Beamtenanwärtern vor Oktober 1944 gezahlten Unterhaltszuschüsse nicht als Entgelt angesehen und daß der 11. Senat diese Rechtsprechung mit seinen Urteilen vom 23. Juni 1964 - 11/1 RA 70/60 (nicht veröffentlicht) und vom 22. September 1975 - 11 RA 40/74 (DangVers 1976, 130) eingeleitet hat. Der Senat sieht sich jedoch nunmehr zur Aufgabe dieser Rechtsprechung genötigt, daran aber dadurch gehindert, daß zwischenzeitlich der 4. und 1. Senat in den im Tenor genannten Urteilen dieser Rechtsprechung gefolgt sind.

Diese Urteile verneinen die Entgelteigenschaft für Unterhaltszuschüsse, die auf der Grundlage des Erlasses vom 15. Februar 1939 vor Oktober 1944 gezahlt worden sind, und zwar das Urteil des 1. Senats für einen Finanzanwärter (Beamter auf Widerruf) für die Zeit vom 1. Juni 1941 bis zum

- 5 -



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



- 5 -

20. Juli 1944, die Urteile des 4. Senats für Postjungboten, die nicht Beamte auf Widerruf waren. In der Begründung stimmen die Urteile dem Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 12. Juli 1940 (Amtliche Nachrichten - AN - II S 251) darin zu, daß der Unterhaltszuschuß auch, soweit er ohne Antrag und ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse gewährt wurde, kein Entgelt iS des § 160 RVO damaliger Fassung sei.

2. Im Gegensatz hierzu hat das BVerwG den Unterhaltszuschuß als Entgelt im Sinne dieser Vorschrift angesehen, und zwar mit Urteil vom 7. Oktober 1965 (BVerwGE 22, 153) den Unterhaltszuschuß eines Anwärters der Finanzverwaltung für die Zeit von Juni 1938 bis Dezember 1939 und mit Urteil vom 5. Oktober 1972 - BVerwG V C.49.71 - (nicht veröffentlicht) den Unterhaltszuschuß eines Anwärters für den schwierigen Bürodienst (Gerichtsschreiber) für die Zeit vom 16. Dezember 1921 bis zum 31. März 1924, gezahlt nach Maßgabe einer Allgemeinverfügung der Preußischen Justizverwaltung vom 29. März 1921 (PrJMB1 235).

Beide Urteile stellen den Rechtssatz auf, daß der an Beamtenanwärter gezahlte Unterhaltszuschuß schlechthin, auch soweit er gemäß dem Erlaß vom 15. Februar 1939 ohne Bedürftigkeitsprüfung gezahlt wurde, in der Zeit vor Oktober 1944 Entgelt im Sinne der damaligen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften gewesen sei.

3. Der Senat braucht im vorliegenden Beschluß nicht zu erörtern, ob bei diesem Widerspruch der Gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte hätte angerufen werden müssen. Dies ist vom BVerwG im Urteil vom 5. Oktober 1972 und vom 1. Senat des BSG im Urteil vom 12. Dezember 1979 verneint worden. Der Senat möchte nur darauf hinweisen, daß

- 6 -



- 6 -

er selbst sich bei Fortführung der bisherigen Rechtsprechung des BSG zur Anrufung des Gemeinsamen Senats für verpflichtet hielt. Die Frage, ob der vor Oktober 1944 gezahlte Unterhaltszuschuß Entgelt iS des § 160 RVO war, hat sich zwar beim BSG und beim BVerwG in verschiedenen Nachversicherungsvorschriften gestellt; es ging aber jeweils um die unmittelbare Anwendung des § 160 RVO. Die Meinung des 1. Senats des BSG, es bestünden keine Anhaltspunkte, daß das BVerwG noch unter der Geltung des Rechtsprechungseinheitsgesetzes die Entgelteigenschaft abweichend von der ständigen Rechtsprechung des BSG beurteilen werde, muß durch das Urteil des BVerwG vom 5. Oktober 1972 als widerlegt gelten.

IV

Der Senat meint nach erneuter Prüfung, Unterhaltszuschüsse aus der Zeit vor Oktober 1944 als Entgelt iS des § 160 RVO aF ansehen zu müssen.

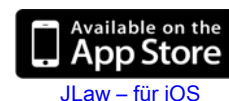
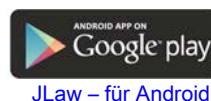
1. Der Hinweis in den Urteilen des BSG auf den Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 12. Juli 1940 war lediglich als Beleg für eine Rechtsansicht gedacht. Entgegen der Meinung des BVerwG im Urteil von 1972 hat das BSG diesen Erlaß nicht als Rechtsnorm angesehen. Das Reichsarbeitsministerium hat darin zudem lediglich mitgeteilt, das Reichsversicherungsamt lasse seine Auffassung zur Nichtentgeltlichkeit von Unterhaltszuschüssen auch für solche gelten, die mit Wirkung vom 1. April 1939 (auf der Grundlage des Erlasses vom 15. Februar 1939) ohne Antrag und ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse gewährt würden.

Der Hinweis auf den Erlaß vom 12. Juli 1940 kann auch nicht dahin verstanden werden, daß es dem BSG nur auf die durch

- 7 -



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



diesen Erlaß verbürgte tatsächliche Verwaltungsübung ohne Rücksicht auf deren Gesetzmäßigkeit angekommen wäre. Denn in keinem der Urteile ist auch nur angedeutet, die geforderte Kausalität sei in dem Sinne zu verstehen, daß ohne beamtenrechtlichen Befreiungstatbestand damals tatsächlich Beiträge entrichtet worden wären. Die Nachversicherungsvorschriften stellen auf die frühere Rechtslage (zB § 72 G 131 "versicherungsfrei waren oder der Versicherungspflicht nicht unterlagen"), nicht auf deren Handhabung (Beitragsentrichtung) ab. Entsprechend hat das BSG stets nur geprüft, ob ohne die Vorschriften über die Versicherungsfreiheit eine Versicherungspflicht bestanden hätte (zur faktischen Nachversicherung Urteil vom 23. Juni 1964 - DAngVers 1964, 277 sowie der 4. Senat in den angeführten Urteilen; zur fiktiven Nachversicherung Urteil vom 22. September 1975 - 11 RA 40/74; SozR Nr 7 zu § 72 G 131 sowie das angeführte Urteil des 1. Senats).

Eine Rechtsprechung, die den Entgeltbegriff des § 160 aF nicht in richtiger, sondern in seiner damaligen Auslegung für maßgebend erachtete, wäre auch nicht gerechtfertigt. Das Gesetz bietet dafür keinen Anhalt. Dem BVerwG ist daher zuzustimmen, daß die Beurteilung früherer (hypothetischer) Versicherungspflicht gemäß allgemeinen Grundsätzen ggf nach einer geläuterten Rechtsauffassung vorzunehmen ist.

2. Eine solche geläuterte Rechtsprechung erscheint dem 11. Senat unumgänglich.

Nach § 160 RVO aF gehören zum Entgelt neben Gehalt oder Lohn auch Gewinnanteile, Sach- und andere Bezüge, die der Versicherte, wenn auch nur gewohnheitsmäßig, statt des Gehaltes oder Lohnes oder neben ihm von dem Arbeitgeber oder von einem Dritten erhält.

Entgelt ist damit "Belohnung" (so schon das RVA in seiner Anleitung - AN 1912, 721, 741) bzw "Vergütung" (Hanow, RVO-Kommentar, 5. Aufl 1926, § 160 Anm 3), oder "Gegenleistung" (Krohn/Schimmer/Knoll/Sauerborn, RVO-Kommentar



- 8 -

1931, in Anm zu § 160) oder "Äquivalent" (Stier/Somlo, RVO-Handkommentar, 3. Aufl 1929, § 160 Anm 2) für die geleistete Arbeit. Dabei ist gleichgültig, ob auf diese Gegenleistung ein Rechtsanspruch besteht, wie die gesetzliche Formulierung "wenn auch nur gewohnheitsmäßig" zeigt.

Der Beamtenanwärter war auch vor Oktober 1944 unselbständig in den öffentlich-rechtlichen Verwaltungsapparat eingegliedert und sollte dort Leistungen verrichten, die diesem Verwaltungsapparat eigen sind; deren Charakter änderte sich nicht dadurch, daß die Aufgaben zu Übungszwecken gestellt werden (vgl BFH BStBl 1955 III S 14). Für die hier streitige Zeit wurde der Unterhaltszuschuß auf Grund des Erlasses des Reichsministers der Finanzen vom 15. Februar 1939 ohne Bedürftigkeitsprüfung und ohne Antrag gewährt. Nach dessen Abschnitt 1 Nr 5 wurde er "nur für die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung im Vorbereitungs- und Probendienst" (und ggf des anschließenden Prüfungsverfahrens) gezahlt. Schon dies zeigt, daß der Unterhaltszuschuß Gegenleistung für diese Beschäftigung war. Soweit in Buchst a und b der Nr 5 die Fortzahlung des Unterhaltszuschusses bei Krankheit und Urlaub angeordnet wird, ist dies auch sonst für Arbeitsentgelt üblich.

Gründe, ua auch den nach Maßgabe des Erlasses vom 15. Februar 1939 gezahlten Unterhaltszuschuß nicht als Gegenleistung für die Beschäftigung anzusehen, sind nicht ersichtlich. Die Entscheidung des Reichsversicherungsamts vom 16. Juni 1937 (RVA AN IV 1937, 353) kann schon deshalb kein Gegenargument liefern, weil dort ein Unterhaltszuschuß zu beurteilen war, den Lehramtsanwärter auch für Zeiten erhielten, in denen sie nicht zu Dienstleistungen herangezogen wurden. Die Entgelteigenschaft kann ferner nicht, wie in AN 1940 II 251, damit verneint werden, daß der Unter-

- 9 -



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

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

- 9 -

haltszuschuß in erster Linie der Bestreitung des Unterhalts des Anwärters dienen sollte; denn Gegenleistungen für Arbeit erfüllen in aller Regel diesen Zweck. Im übrigen hat der Bundesfinanzhof (aaO) - bei der Beurteilung der Lohnsteuerpflicht - den Beamtenanwärter zu Recht mit dem Lehrling verglichen; auch der Lehrling ist zur Ausbildung für den gewählten Beruf in das Unternehmen eingegliedert und bezieht gleichwohl Arbeitslohn, also Entgelt.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)