

Bundessozialgericht

- 11 RA 50/79 -

B e s c h l u ß

Verkündet am  
11. Februar 1982

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 11. Februar 1982 beschlossen:

1. Das Verfahren wird ausgesetzt.
2. Die Sache wird dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung über die folgende Rechtsfrage vorgelegt:

Ist der Beamtenanwärtern in der Zeit vor Oktober 1944 gezahlte Unterhaltszuschuß Entgelt im Sinne des § 160 der Reichsversicherungsordnung in der damals geltenden Fassung, so daß eine fiktive Nachversicherung dieser Zeiten gemäß § 72 Gesetz zu Art 131 Grundgesetz und § 99 Allgemeines Kriegsfolgengesetz stattfinden kann?



- 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 (GG) als nachversichert gilt. In dieser Zeit bezog er als Finanzanwärter (Beamter auf Widerruf) Unterhaltszuschuß und leistete militärischen Dienst vom 15. September 1943 bis zum 8. Mai 1945. 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 vor dem Sozialgericht (SG) hatte Erfolg (Urteil vom 23. Oktober 1978), wurde aber vom Landessozialgericht (LSG) abgewiesen, da der 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  
[\(mobile App\)](#)



## II

Der Senat hat das Verfahren ausgesetzt und die Sache dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes vorgelegt, weil er von Entscheidungen des BVerwG abweichen will.

Dabei geht der Senat 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; 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 Kriegsfolgengesetzes (AKG) und die faktische Nachversicherung nach § 9 AVG eine Kausalität in dem Sinne voraus, daß Versicherungspflicht bestanden haben muß, wenn die für eine Beschäftigung im öffentlichen Dienst geltenden Sondervorschriften über Versicherungsfreiheit 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).

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

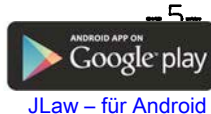


des Gesetzes vom 23. Dezember 1936 iVm § 165 Abs 2 RVO idF der Ersten Lohnabzugsverordnung -LAV- vom 1. Juli 1941 - RGB1 I S 362). Gemäß § 1 Abs 3 AVG aF war der Begriff des Entgelts dem § 160 RVO zu entnehmen, der für den streitigen Zeitraum idF der 1. LAV vom 1. Juli 1941 galt. War der Unterhaltszuschuß 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 auch ohne den Befreiungstatbestand des § 12 Abs 1 Nr 1 AVG keine Versicherungspflicht, was die fiktive Nachversicherung ausschließt.

### III.

Der Senat möchte den Entgeltcharakter verneinen, sieht sich aber daran durch die nachfolgend unter 1. genannten Urteile des BVerwG gehindert (§ 2 Rechtsprechungseinheitsgesetz).

1. Das BVerwG geht in diesen Urteilen - insoweit übereinstimmend mit der Auffassung des erkennenden Senats - davon aus, daß eine fiktive Nachversicherung nach § 99 AKG für Beschäftigungszeiten als Beamtenanwärter voraussetzt, daß der gewährte Unterhaltszuschuß als Entgelt iS des § 160 RVO in der jeweils geltenden Fassung anzusehen ist; es hat jedoch mit Urteil vom 7. Oktober 1965 - BVerwG V C 68.65 - (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 in der Zeit vom 16. Dezember 1921 bis zum 31. März 1924 einem Anwärter für den schwierigen Bürodienst (Gerichtsschreiber) nach Maßgabe einer allgemeinen Verfügung der Preußischen Justizverwaltung vom 29. März 1921 (PrJMB1 23) gewährten Unterhaltszuschuß als Entgelt iS des § 160 RVO angesehen.



Beide Urteile stellen den Rechtssatz auf, auch der in der Zeit vor Oktober 1944 Beamtenanwärtern gezahlte Unterhaltszuschuß sei Entgelt iS der damaligen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften.

Demgegenüber hat das BSG in ständiger Rechtsprechung, eingeleitet mit Urteilen des erkennenden Senats vom 23. Juni 1964 - 11/1 RA 70/60 - (nicht veröffentlicht) und vom 22. September 1975 - 11 RA 40/74 - (DangVers 1976, 130), denen sich der 1. Senat im Urteil vom 12. Dezember 1979 - 1 RA 101/78 - (DangVers 1980, 135) und der 4. Senat in den Urteilen vom 28. November 1973 - 4 RJ 253/72 und 4 RJ 267/72 - angeschlossen hat, den Entgeltcharakter verneint.

2. Der erkennende Senat war zunächst geneigt, seine frühere Rechtsprechung aufzugeben und sich dem BVerwG anzuschließen. Er hat deshalb beim 1. und 4. Senat des BSG angefragt, ob diese Senate an ihrer Rechtsauffassung festhalten (Beschuß vom 10. September 1980, Bl 68 bis 78 der Revisionsakten). Inzwischen haben beide Senate beschlossen, ihre Rechtsprechung nicht aufzugeben (Beschuß des 1. Senats vom 18. Februar 1981 - 1 S 11/80; Beschuß des 4. Senats vom 26. November 1981 - 4 S 3/80; Bl 90 bis 94 und 102 bis 104 der Revisionsakten). Der 1. Senat hat zur Begründung im wesentlichen auf den Grundsatz der Unabänderlichkeit des abgewickelten Versicherungsverhältnisses hingewiesen; der 4. Senat meint ua, daß der damals gezahlte Unterhaltszuschuß auch nach heutiger, geläuterter Rechtsauffassung kein Entgelt sei, da der Unterhaltszuschuß in Zeiten vor dem 1. Oktober 1944 nicht als Gegenleistung für die Beschäftigung zur Ausbildung gezahlt worden sei.
3. Der erkennende Senat sieht sich jedoch nach erneuter Prüfung unter Berücksichtigung dieser Stellungnahmen nicht mehr in der Lage, den vor Oktober 1944 gezahlten Unterhaltszuschuß als Entgelt anzusehen.



a) Der Begriff des sozialversicherungspflichtigen Entgelts erfordert ua den Charakter einer Gegenleistung; insoweit gehört er zu den Grundbegriffen des Sozialversicherungsrechts und hat sich seit Einführung der RVO nicht geändert. Allerdings richtete sich die Entgeltlichkeit des Beschäftigungsverhältnisses seit dem Inkrafttreten des Gemeinsamen Erlasses des Reichsfinanzministers und des Reichsarbeitsministers vom 10. September 1944 (AN 1944, 281) zum 1. Oktober 1944 regelmäßig danach, ob der jeweilige Bezug lohnsteuerpflichtig ist, da diesem Erlaß - anders als dem noch zu erwähnenden Erlaß vom 12. Juli 1940 - Normqualität zukommt (vgl BSGE 6, 47; 15, 65 und 17, 206); diese enge Verbindung zum Lohnsteuerrecht ist mit dem Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV) wiederum gelockert worden.

Nach dem auf den streitigen Zeitraum anzuwendenden § 160 RVO idF der 1. LAV vom 1. Juli 1941 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 daher "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/Sauerborn, RVO-Kommentar 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.

Kein Entgelt sind jedoch Zuwendungen des Arbeitgebers, die nicht als Gegenleistung gewährt werden, sondern fürsorglichen Charakter tragen (so schon das RVA in



seiner Anleitung AN 1912, 721, 744 zu den von den Anstalten der öffentlichen und privaten Armenpflege Heiminsassen gewährten Bezügen; Urteil des 4. Senats des BSG vom 14. Mai 1981 - SozR 5070 § 14 Nr 13 - zu den während einer vorbereitenden Ausbildung (sog Hachscharah) gewährten Bezügen).

b) Der vor Oktober 1944 Beamtenanwärtern gezahlte Unterhaltszuschuß ist kein Entgelt im vorstehenden Sinne, weil bei ihm jedenfalls noch der fürsorgerische Charakter überwog. Die dementsprechende allgemeine damalige Überzeugung hat ihren Niederschlag insbesondere im Erlaß des RAM vom 12. Juli 1940 - AN 1940, 251 - und der diesem Erlaß entsprechenden allgemeinen Verwaltungsübung gefunden. Nach diesem Erlaß sind die Unterhaltszuschüsse kein Entgelt für geleistete Dienste, sondern sie dienen in erster Linie der Bestreitung des Unterhalts des noch im Vorbereitungsdienst stehenden Anwärters; für die Nachversicherung kommen jedoch Zeiten in Betracht, in denen die Anwärter kraft besonderen Auftrags als volle Arbeitskraft mit Vergütung nach Abschnitt 2 des Erlasses des RAMdF vom 15. Februar 1939 (RBB 1939, 29) beschäftigt worden sind.

Dem steht nicht entgegen, daß der Unterhaltszuschuß nach dem Erlaß des Reichsministers der Finanzen vom 15. Februar 1939 (RBB 1939, 29) ohne Bedürftigkeitsprüfung, ohne Antrag und nur für die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung im Vorbereitungs- und Probendienst (und ggf der anschließenden Prüfung) gezahlt wurde. Diese Umstände schließen nicht aus, daß der Unterhaltszuschuß daneben auch Ausdruck staatlicher Fürsorge war, und daß diese Komponente nach damaliger Überzeugung den Charakter der Leistung bestimmte.

c) Im übrigen meint der Senat, daß selbst wenn der Unterhaltszuschuß trotz der damaligen Überzeugung Gegenleistung für die Beschäftigung zur Ausbildung gewesen wäre und sich lediglich die Rechtsauffassung zur Entgelteigenschaft gewandelt hätte, für die fiktive Nachversicherung sowohl nach § 72 G 131 als

auch nach § 99 AKG die damalige Rechtsansicht maßgebend ist. Dahinstehen kann, ob dies aus dem Grundsatz der Unabänderlichkeit des abgewickelten Versicherungsverhältnisses folgt, wie der 1. Senat des BSG in seiner Stellungnahme meint. Die Heranziehung eines solchen Grundsatzes erscheint zweifelhaft, einmal weil im Falle der Nachversicherung ein beitrags- oder leistungsmäßig abgewickelter Versicherungsverhältnis nicht vorliegt, ferner weil dieser Grundsatz, wie gerade in der vom 1. Senat angeführten Entscheidung BSGE 22, 162, 167 hervorgehoben wird, im Falle einer auf geläuterter Rechtsauffassung beruhenden Lohnnachzahlung nicht eingreift, und schließlich, weil - wie in der ebenfalls vom 1. Senat angeführten Entscheidung BSGE 49, 85, 89 herausgestellt - immer die Besonderheiten der jeweiligen Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen sind. Gerade insoweit erscheint es aber bedeutsam, daß § 72 G 131 und § 99 AKG die fiktive Nachversicherung nur für Zeiten bis zum 8. Mai 1945 vorsehen, somit nur für vergangene Zeiten mit einem für alle Fälle feststehenden zeitlichen Endpunkt. Diese Fixierung auf die Vergangenheit läßt es angezeigt erscheinen, nicht nur die damalige Rechtslage, sondern auch die damalige Rechtsansicht zugrunde zu legen. Das gilt vergleichsweise für § 99 AKG in stärkerem Maße, da diese Vorschrift (wenn auch mit Modifizierung) einen am 8. Mai 1945 schon bestehenden Anspruch auf Nachversicherung voraussetzt. Die Fälle, in denen einer geläuterten Rechtsauffassung Vorrang zukommen muß, können im Grundsatz nur solche sein, in denen sich der rechtlich zu beurteilende Tatbestand laufend neu verwirklichen kann. Die §§ 72 G 131 und 99 AKG zielen jedoch auf Korrekturen für die Vergangenheit ab; sie wollen eine Gleichstellung mit den Personen herbeiführen, bei denen schon vor dem 9. Mai 1945 eine Nachversicherung durchgeführt wurde oder doch in Betracht kam. Diese Gleichstellung läßt sich nur auf der Grundlage der damals geltenden Rechts-



auffassung und nicht auf der Grundlage einer geläuterten Rechtsauffassung verwirklichen. Nichts anderes gilt im übrigen auch dann, wenn sich nicht die Rechtsauffassung zum Entgeltbegriff, sondern nur die Verkehrsauffassung (Anschauung) über die Bewertung von Unterhaltszuschüssen (Gegenleistung für eine Dienstleistung?) geändert hätte.

4. Mit der damit gebotenen Verneinung der Entgelteigenschaft des vor Oktober 1944 gezahlten Unterhaltszuschusses würde der Senat von den angeführten Entscheidungen des BVerwG abweichen. Die Entgelteigenschaft war zwar vom BVerwG und vom BSG zu verschiedenen Nachversicherungsvorschriften zu beurteilen; es geht aber jeweils um die unmittelbare Anwendung des § 160 RVO.

Unerheblich ist ferner, daß der Unterhaltszuschuß für verschiedene Zeiträume und nach unterschiedlichen Vorschriften gewährt wurde. Sowohl das BVerwG als auch das BSG haben die Frage für den Unterhaltszuschuß allgemein beantwortet, ohne auf die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsgrundlage abzustellen. Überdies hätte der Entgeltcharakter für den vom BVerwG beurteilten Zeitraum vom 16. Dezember 1921 bis zum 31. März 1924 aufgrund der damals gebotenen Bedürftigkeitsprüfung erst recht verneint werden müssen.

Der vom BVerwG im Urteil vom 5. Oktober 1972 und vom 1. Senat des BSG im Urteil vom 12. Dezember 1979 im Ergebnis übereinstimmend geäußerten Meinung, das nötige nicht zur Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen. Das BVerwG führt zur Begründung an, es liege lediglich eine unterschiedliche Beurteilung der Bedeutung einer Verwaltungsübung vor, was nicht zur Zuständigkeit des Gemeinsamen Senats gehöre. Dem ist entgegenzuhalten, daß das BSG die durch die angeführten Ministerialerlasse belegte Verwaltungsübung nicht als Rechtsquelle angesehen hat, sondern als Beleg dafür, daß der Unterhaltszuschuß damals nicht den Charakter einer Gegenleistung gehabt habe, wie die Stellungnahme des 1. und 4. Senats bestätigen, auch wenn



dies in den früheren Entscheidungen nicht mit dieser Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht worden ist. Überdies würde auch die Beurteilung der Rechtsfolgen einer Verwaltungsübung nicht zum Bereich der Tatfragen, sondern zu den Rechtsfragen und damit zur Zuständigkeit des Gemeinsamen Senats gehören. Auch das BVerwG hat den Entgeltcharakter des Unterhaltszuschusses in vollem Umfang als revisibel angesehen. 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. Im übrigen kann es nach Sinn und Zweck des Rechtsprechungseinheitsgesetzes nicht darauf ankommen, ob die Verwaltung entsprechend einem Ministerialerlaß jeweils nach dem in Frage kommenden Rechtsweg die Ansicht des BSG oder aber die des BVerwG zugrundegelegt und so durch eine divergierende Verwaltungsübung weitere divergierende Entscheidungen der obersten Gerichte des Bundes vermeidet.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)