

# Bundessozialgericht

## Im Namen des Volkes

11a RA 46/84

### Urteil

in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionsbeklagter,  
Prozeßbevollmächtigter: .....

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 11a Senat des Bundessozialgerichts hat am 30. Mai 1985  
ohne mündliche Verhandlung

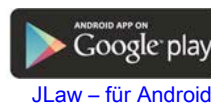
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen  
Landessozialgerichts vom 12. April 1984 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt auch die außergerichtlichen Kosten des  
Revisionsverfahrens.



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



-2-

## G r ü n d e :

### I

Streitig ist die Berücksichtigung der Zeit von Oktober 1944 bis April 1945 als Ersatzzeit nach § 28 Abs 1 Nr 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes (AVG).

Der 1920 geborene Kläger diente im Kriege bei der Luftwaffe im Range eines Unteroffiziers als Flugzeugführer. Auf militärischen Befehl wurde er ab 15. Oktober 1944 zur Arbeit bei der Firma Messerschmitt GmbH in Regensburg beurlaubt. Die Firma stellte ihn als Industrieflugzeugführer (Serieneinflieger) gegen ein Monatsgehalt von 900,-- RM (Gruppe II der Vergütungsordnung) ein und beschäftigte ihn als solchen bis zu seiner am 29. April 1945 erfolgten Entlassung aus dem Wehrdienst. Beiträge zur Rentenversicherung wurden nicht abgeführt, freiwillige Beiträge hat der Kläger nicht geleistet.

Im - bindend gewordenen - Bescheid der Beklagten über die Gewährung von Versichertenrente wegen Erwerbsunfähigkeit an den Kläger vom Dezember 1977 blieb die Zeit als Ersatzzeit unberücksichtigt, weil es sich weder um militärischen noch militärähnlichen Dienst gehandelt habe. Dagegen wandte sich der Kläger 1980 erfolglos mit dem Begehren, die Rente unter Einbeziehung einer entsprechenden Ersatzzeit neu zu berechnen (Bescheid vom 15. Mai 1981, Widerspruchsbescheid vom 28. August 1981).



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-3-

Die gegen diese Bescheide gerichtete Klage hat das Sozialgericht (SG) abgewiesen, das Landessozialgericht (LSG) hat ihr stattgegeben und die Beklagte verurteilt, die Zeit vom 15. Oktober 1944 bis zum 29. April 1945 als Ersatzzeit anzuerkennen und die Versichertenrente ab August 1977 neu festzustellen (Urteil vom 12. April 1984). Es hält den Rentenbescheid iS von § 44 Abs 1 des Sozialgesetzbuches - Verfahren - (SGB X) für rechtswidrig, da die Voraussetzungen für die Anrechnung der Zeit als Ersatzzeit gemäß § 28 Abs 1 Nr 1 AVG erfüllt seien. Ob der Kläger militärähnlichen Dienst geleistet habe, brauche es nicht zu entscheiden. Bei der Dienstleistung als Serieneinflieger habe es sich in jedem Falle um militärischen Dienst iS des § 2 Abs 1 Buchst a des Bundesversorgungsgesetzes (BVG), dh um einen nach deutschem Wehrrecht geleisteten Dienst als Soldat gehandelt, der nach § 21 Abs 3 des Wehrgesetzes vom 21. Mai 1935 (RGBl I 609) erst mit der Entlassung aus dem Wehrdienst am 29. April 1945 geendet habe. Das Oberkommando der Wehrmacht (OKW) habe unter dem 25. August 1941 (Allgemeine Heeresmitteilungen S 444 Nr 848) bestimmt, daß die während des Krieges zur Arbeit beurlaubten Soldaten weiter als im aktiven Wehrdienst befindlich anzusehen seien; ihre Lösung vom Truppendienst, die Erlaubnis zum Tragen von Zivilkleidung und das Fehlen der Ansprüche auf Wehrsold, Truppenverpflegung, Heilfürsorge und Familienunterhalt stehe dem nicht entgegen. Hiernach sei das militärische Unterstellungsverhältnis entscheidend, aufgrund dessen die Abkommandierung zum Arbeitsurlaub erfolgt und die Arbeitsleistung Wehrdienst gewesen sei (Hinweis auf BVerwGE 9, 193, 194; BVerwG, Urteile vom 13. November 1957 und vom 16. November 1981 sowie auf BSG in

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  
[\(mobile App\)](#)



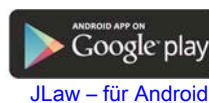
-4-

SozR 2200 § 1251 Nr 73). Allerdings sei in der Anordnung vom 25. August 1941 unter der Ziffer 2a bestimmt, daß die Soldaten während des Arbeitsurlaubs arbeits-, fürsorge- und versorgungsrechtlich nicht als Soldaten anzusehen seien, sondern als Arbeiter und Angestellte im Betriebe. Auch habe der Reichsarbeitsminister (RAM) im Einvernehmen mit dem OKW in einem Erlaß vom 22. Oktober 1943 (AN S 98) ausgeführt, die Urlaubszeiten seien keine Wehrdienstzeiten, wenn einzelne Soldaten, in deren Wehrpass "Arbeitsurlaub (kein aktiver Wehrdienst)" eingetragen sei, zur Verwendung in Betrieben gegen Entgelt beurlaubt würden; diese Zeiten würden in den Rentenversicherungen nicht als Ersatzzeiten gewertet. Hiernach sei es möglich, daß die Firma Messerschmitt für den Kläger wegen Überschreitens der Versicherungspflichtgrenze (von damals 600,-- RM monatlich, § 3 AVG aF) keine Beiträge zur Rentenversicherung entrichtet habe. Doch könne nicht festgestellt werden, ob der Erlaß angewendet worden und der Wehrpass mit der entsprechenden Eintragung versehen gewesen sei. Im Übrigen bewirke die Erlaßregelung keine Änderung des militärischen Unterstellungsverhältnisses. Die Dienstleistung in der Form des Arbeitsurlaubs sei jedenfalls mitursächlich für das Unterbleiben einer Beitragsleistung im Rahmen einer Pflichtversicherung; auch nach dem Sinn und Zweck der Ersatzzeitenregelung sei der Arbeitsurlaub daher militärischer Dienst.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision beantragt die Beklagte, das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.



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



-5-

Zur Begründung rügt sie eine Verletzung von § 28 Abs 1 Nr 1 AVG. Das LSG habe verkannt, daß der Kläger nicht durch hoheitlichen Eingriff gehindert gewesen sei, in der betreffenden Zeit versicherungspflichtig zu sein. Auf seinen Status als Soldat komme es nicht an. Sein Dienst habe sich im Rahmen eines regelrechten Beschäftigungsverhältnisses mit Anspruch auf Gehaltsbezüge vollzogen. Nicht die - rein formelle - Zugehörigkeit zur Wehrmacht habe ihn an der Beitragsentrichtung gehindert, sondern die Überschreitung der Versicherungspflichtgrenze; freiwillige Beiträge wären möglich gewesen. Daß der Erlaß des RAM nicht angewandt worden sei, habe das LSG nicht überzeugend dargelegt. Es könne sich auch nicht auf die Rechtsprechung des BVerwG stützen, denn nach der Auffassung des Bundessozialgerichts (BSG) in SozR 2200 § 1251 Nr 73 könne eine Ersatzzeit dann nicht vorliegen, wenn während des Arbeitsurlaubs eine Pflichtversicherung dem Grunde nach möglich gewesen wäre.

Der Kläger beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

Die Beteiligten sind mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden.

## II

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet; entgegen ihrer Ansicht ist die Zeit von Oktober 1944 bis April 1945 für die



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



Versichertenrente des Klägers rentensteigernd als Ersatzzeit anzurechnen und als solche für spätere Versicherungsfälle vorzu-merken, was das LSG mit der Verpflichtung der Beklagten zur "An-erkennung" erreichen wollte.

Da der diese Zeit nicht berücksichtigende Rentenbescheid bindend (§ 77 des Sozialgerichtsgesetzes -SGG-) geworden ist, setzt die Anrechnung als Ersatzzeit dessen - teilweise - Rücknahme voraus. Hierfür ist Rechtsgrundlage § 44 SGB X, denn das vom Kläger im November 1980 eingeleitete Verfahren zur Neuberechnung seiner Rente war bis zum Inkrafttreten des SGB X noch nicht beendet (Art II § 37 Abs 1 SGB X). Nach § 44 Abs 1 Satz 1 des Gesetzes hat die Rücknahme eines Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Vergangenheit zu erfolgen, wenn bei seinem Erlass das Recht un-richtig angewandt und deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht worden sind; das ist hier der Fall und wirkt sich in dem in Abs 4 vorgesehenen zeitlichen Rahmen aus.

Nach dem Sachverhalt kann die strittige Ersatzzeit sich allein auf die Nr 1 des § 28 Abs 1 AVG gründen; davon sind die Betei-ligten sowie das LSG ausgegangen. Die Vorschrift führt als Er-satzzeittatbestände den militärischen und den militärähnlichen Dienst iS der §§ 2 und 3 BVG auf. Hat der Kläger den einen oder den anderen geleistet, dann sind die Voraussetzungen zur Anrech-nung der Zeit als Ersatzzeit gleichermaßen gegeben; angesichts der Fallumstände steht im Vordergrund die Leistung von militä-rischem Dienst.



-7-

§ 2 Abs 1 Buchst a BVG nennt militärischen Dienst jeden nach deutschem Wehrrecht geleisteten Dienst als Soldat. Nach dem Wehrgesetz (WehrG) vom 21. Mai 1935, das hier als Wehrrecht maßgebend ist, war Soldat jeder Dienstpflichtige der Wehrmacht vom Tage der Einberufung an bis zum Ablauf des Entlassungstages (§ 21 Abs 3 Buchst a WehrG). Da der Kläger am 29. April 1945 entlassen worden ist, war er also bis zu diesem Tage Soldat. Als solcher hat er in der streitigen Zeit nach deutschem Wehrrecht Dienst geleistet. Dem steht nicht entgegen, daß er damals nicht mehr bei einer militärischen Einheit gedient, sondern bei der - nicht der Wehrmachtsverwaltung unterstehenden - Firma Messerschmitt als Serieneinflieger gearbeitet hat. Zur Ausübung dieser Beschäftigung hatte der Kläger "Arbeitsurlaub" erhalten; dieser Beurlaubung sowie der Abstellung zur Firma Messerschmitt lag gleichermaßen ein Befehl seines militärischen Vorgesetzten zugrunde. Eine solche "Abkommandierung" konnte, wie das BVerwG im Urteil vom 7. Oktober 1959 (DÖV 957 = NJW 1960, 358) entschieden hat, aufgrund des militärischen Unterordnungsverhältnisses mit den Mitteln der Befehlsgewalt durchgesetzt werden. Deshalb handelte es sich bei der auf der Abkommandierung beruhenden Tätigkeit um einen "Dienst als Soldat", ohne daß es auf die Art der geleisteten Tätigkeit ankam. Dies hat bereits das BVerwG für einen Fall entschieden, in dem ein Wehrmachtsangehöriger zur SS zu KZ-Bewachungsdiensten abgestellt war; hierin ist ihm das BSG für einen entsprechenden Fall gefolgt (BSGE 12, 172, 175). Die Umstände des vorliegenden Falles lassen nichts erkennen, was hier zu einem anderen Ergebnis führen könnte. Auch der Kläger vermochte sich der Abkommandierung - zur Ausübung einer Tätigkeit



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-8-

als Serieneinflieger - nicht zu entziehen, er war infolge des für ihn geltenden Wehrrechts zur Leistung dieser Tätigkeit verpflichtet. Daß er infolge der "Beurlaubung" in ein - zivilrechtliches - Abhängigkeitsverhältnis zur Firma Messerschmitt gelangte, hat an dem fortbestehenden Status als Soldat nichts geändert; die Arbeit des Serieneinfliegens war unabhängig davon eine militärische Dienstleistung (s hierzu Urteil des BVerwG vom 13. November 1957 - V C 459/56; SozR 2200 § 1251 Nr 73 S 186). Soweit der RAM im Erlaßwege für bestimmte Arbeitsbeurlaubungen von Wehrmachtsangehörigen die Meinung vertreten hat, die Urlaubzeiten seien keine Wehrdienstzeiten und würden in den Rentenversicherungen nicht als Ersatzzeiten gewertet, handelt es sich um eine für den Senat nicht verbindliche Betrachtungsweise, die zudem zu überholten Vorschriften angestellt worden ist.

Daß der Kläger in der strittigen Zeit somit militärischen Dienst verrichtete, hat die Beklagte im Revisionsverfahren nicht bestritten. Sie meint indes, nicht die Zugehörigkeit zur Wehrmacht, sondern die Überschreitung der gesetzlichen Versicherungspflichtgrenze von damals 600,-- RM (§ 3 AVG aF) habe den Kläger an einer Beitragsentrichtung gehindert; dies schließe es aus rentenversicherungsrechtlicher Sicht aus, die Zeiten als Ersatzzeiten zu berücksichtigen. Dem vermag der Senat nicht zuzustimmen.

Der Senat braucht hier nicht abschließend zu entscheiden, inwieweit Sinn und Zweck der Ersatzzeitenregelung der Berücksichtigung von Ersatzzeiten über den - hier erfüllten - Gesetzeswortlaut



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



-9-

hinaus Grenzen ziehen. Die Anrechnung der streitigen Zeit als Ersatzzeit ist nämlich auch mit dem Sinn und Zweck des § 28 AVG vereinbar. Wie das BSG bereits in SozR Nr 8 zu § 1251 RVO dargelegt hat, sollen die Ersatzzeiten Ersatz für Zeiten gewähren, für die mit Rücksicht auf die besonderen im Gesetz festgelegten Tatbestände dem Versicherten die Entrichtung von Beiträgen regelmäßig nicht möglich und wegen der mit diesen Zeiten verbundenen außergewöhnlichen Umstände nicht zu erwarten gewesen ist; werden während des Vorliegens dieser Tatbestände keine Beiträge entrichtet, dann unterstelle der Gesetzgeber, daß allein die mit den Zeiten verbundenen Umstände eine Beitragsleistung verhindert haben. In ähnlicher Weise wird der Sinn und Zweck der Ersatzzeit auch in späteren Entscheidungen umschrieben (zB SozR Nrn 42, 53 zu § 1251 RVO; SozR 2200 § 1251 Nrn 65, 92, 101, 102). Allerdings heißt es in einem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 18. Mai 1978 (SozR 2200 § 1251 Nr 47, übernommen in Nr 74, vgl dazu aber Nr 102), es müsse eine Verdrängung aus der Versicherungspflicht erfolgt sein. Diese Formel hat auch das LSG seiner Entscheidung zugrunde gelegt; sie ist jedoch zu eng. Denn schon der Umstand, daß auch eine vorangehende freiwillige Versicherung, wie sich aus § 28 Abs 2 Satz 1 AVG ergibt, die Anrechenbarkeit von Ersatzzeiten begründen kann, zeigt, daß Ersatzzeiten ebenso den Verlust von freiwilligen Beitragszeiten ersetzen sollen; hierfür genügt die vom Gesetzgeber unterstellte Ursächlichkeit, die nicht den Grad einer "Verdrängung" erreichen muß. Deshalb braucht hier nicht mit dem LSG näher erörtert zu werden, ob die Zugehörigkeit des Klägers zur Wehrmacht während der streitigen Zeit eine anderweitige Pflichtversicherung auf-

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](#)

grund von Verdiensten unter der Versicherungspflichtgrenze verhindert haben könnte; vielmehr ist auch an das mögliche Ausbleiben freiwilliger Beiträge zu denken, selbst wenn beim Kläger wegen fehlender Vorversicherung erst eine nachfolgende Pflichtversicherung die Anrechenbarkeit der Ersatzzeit zu begründen vermag (§ 28 Abs 2 Satz 2 Buchst a AVG). Dabei ist insbesondere in Betracht zu ziehen, daß Angestellte mit einem Verdienst über der Versicherungspflichtgrenze häufig zur Vorsorge gegen Invalidität und Alter freiwillige Beiträge entrichtet haben, die der Gesetzgeber sogar in manchen Zusammenhängen den Pflichtbeiträgen gleichstellt (vgl dazu Art 2 § 54a AnVNG). Sind solche Beiträge wegen des als Ursache unterstellten Wehrdienstes ausgeblieben, kann daher ebenso das Bedürfnis zur Füllung der Versorgungslücke durch Ersatzzeiten bestehen (s auch den Fall der versicherungsfreien Ehefrau eines Berufssoldaten, SozR 2200 § 1251 Nr 92).

Ob der Ersatzzeittatbestand für den Beitragsausfall tatsächlich ursächlich war, bedarf des Nachweises weder bei der Pflichtversicherung noch bei einer freiwilligen Versicherung; ein solcher Zusammenhang wird, wie schon dargelegt, vom Gesetzgeber bei Vorliegen eines der Tatbestände des § 28 Abs 1 AVG und der Voraussetzungen des Abs 2 unterstellt (SozR 2200 § 1251 Nrn 92, 101, 102). Die Rechtsprechung hat aus dem Sinn und Zweck von Ersatzzeiten nur als Ausnahme abgeleitet (SozR aaO Nr 92 mwN), daß Zeiten, in denen auch ohne Rücksicht auf den Ersatzzeittatbestand die Entrichtung von Beiträgen aus rechtlichen Gründen schlechthin unmöglich war, keine Ersatzzeit sein können, weil dann für die unterstellte Kausalität die Grundlage entfällt (SozR Nrn 8, 44 zu



§ 1251 RVO). Da der Kläger jedoch nach dem damaligen Recht zur freiwilligen Versicherung (Selbstversicherung) berechtigt war (§ 21 AVG aF iVm § 1243 RVO), besteht auch von daher keine Einschränkung. Eine solche kann auch nicht aus § 28 Abs 2 Satz 1 AVG hergeleitet werden, die bei bestandener Versicherungspflicht die Anrechnung von Ersatzzeiten ausschließt, denn damit ist, wie der Senat in SozR aaO Nr 92 bereits entschieden hat, nur die konkrete Versicherungspflicht gemeint, der der Kläger bei der Firma Messerschmitt nicht unterlegen hat.

Mit dem gefundenen Ergebnis weicht der Senat von der Entscheidung des 4. Senats vom 27. Januar 1972 (SozR Nr 58 zu § 1251 RVO), einen langfristigen Notdienst eines wegen privater Lebensversicherung von der Handwerkerversorgung befreiten Handwerkers nicht als Ersatzzeit anzurechnen, nicht ab; insoweit sind die gleichen Erwägungen maßgebend, wie sie in SozR aaO Nr 92 ihren Niederschlag gefunden haben. Im übrigen beruhte die Nichtanerkennung des Notdienstes als Ersatzzeit wesentlich darauf, daß die Versorgungslücke des damaligen Klägers das "Resultat einer Wahl" war, dh auf seiner früheren Entscheidung für seine Sicherung im Wege der privaten Lebensversicherung beruhte. Die Versorgungslücke des Klägers ist demgegenüber unabhängig von eigenen Entschlüssen entstanden.

Bei dieser Sachlage entfällt eine Prüfung der Frage, ob der Kläger in der betreffenden Zeit einen militärähnlichen Dienst geleistet hat.



-12-

Die Revision war mit der aus § 193 SGG entnommenen Kostenfolge zurückzuweisen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)