

Bundessozialgericht
Az.: 12 RJ 102/73

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

U r t e i l

Verkündet
am 22. August 1973

in dem Rechtsstreit .

Regierungsobersekretär
Schriftführer

.....

Kläger und Revisionskläger,
Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat
auf die mündliche Verhandlung vom 22. August
1973 durch den Vorsitzenden Richter
Dr. H a u g , die Richter G e y s e r und
Dr. F r i e d e r i c h s und die ehrenamt-
lichen Richter R ü b s t e c k und
S c h ö n f e l d
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des Landessozialgerichts Hamburg vom
15. Februar 1973 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu neuer Verhandlung
und Entscheidung an das Landessozialgericht
zurückverwiesen.



- 2 -

G r ü n d e :

I

Es ist umstritten, ob der Kläger eine höhere Rente beanspruchen kann, indem die Zeit seiner Notdienstverpflichtung während des 2. Weltkrieges als Ersatzzeit angerechnet wird (§ 1251 Abs. 1 Nr. 1 der Reichsversicherungsordnung -RVO-).

Der Kläger - seit 1920 selbständiger Kohlenhändler - wurde von November 1940 an durch den Polizeipräsidenten in Hamburg aufgrund der NotdienstVO vom 15. Oktober 1938 (RGBl I 1441) zum "langfristigen" Notdienst mit der Maßgabe herangezogen, daß er in der ihm nach Ausübung seines Berufs verbleibenden Freizeit dem Polizeipräsidenten als Sachverständiger in Briefftaubenangelegenheiten zur Verfügung zu stehen habe; die ihm bei seiner Inanspruchnahme durch den Polizeipräsidenten entstehenden Unkosten (Fahr- und Zehrkosten) wurden erstattet (Verfügung vom 19.11.1940). Der Kläger betrieb sein Kohlenhandelsgeschäft, in dem seine Ehefrau und fremde Hilfskräfte tätig waren, weiter.

Die Beklagte gewährte dem Kläger im Jahre 1968 Rente wegen Erwerbsunfähigkeit; bei der Rentenberechnung wurde die Zeit der Notdienstverpflichtung nicht berücksichtigt.

Der Kläger beantragte im März 1970, die Zeit seiner Notdienstverpflichtung bei der Rentenberechnung anzurechnen. Die Beklagte lehnte dies mit Bescheid vom 21. Mai 1970 ab: Das Verpflichtungsschreiben der Polizei lasse erkennen, daß die Heranziehung als Sach-



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



JLaw - für Android



JLaw - für iOS

- 3 -

verständiger in Brieftaubenangelegenheiten zwar nach der NotdienstVO, aber im allgemeinen nur in der dem Kläger verbliebenen Freizeit erfolgt sei; es sei weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht, daß der Einsatz die Ausübung eines Berufs nicht zugelassen habe.

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte verurteilt, eine höhere Rente unter Berücksichtigung der Zeit vom 19. November 1940 bis 8. Mai 1945 als Ersatzzeit zu gewähren (Urteil vom 11. Februar 1972).

Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen; die Revision wurde zugelassen (Urteil vom 15. Februar 1973). Das LSG hat die Zeit der Notdienstverpflichtung des Klägers nicht als Ersatzzeit anerkannt. Es hat sinngemäß ausgeführt, auch eine längere, die tägliche Arbeitszeit voll in Anspruch nehmende militärähnliche Dienstleistung werde nach dem Sinn des § 1251 Abs. 1 Nr. 1 der Reichsversicherungsordnung (RVO) nicht als Ersatzzeit angerechnet, wenn schon aus anderen Rechtsgründen als der Notdienstverpflichtung die Beitragsverpflichtung in dieser Zeit aufgehoben gewesen sei und die Notdienstverpflichtung sich auch nicht auf die Zahlung freiwilliger Beiträge ausgewirkt haben könne. Unterstelle man das Vorbringen des Klägers, er sei durchschnittlich jede Woche mehrere Tage herangezogen worden, so habe er militärähnlichen Dienst im Sinne des § 3 Abs. 1 Buchst. k des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) geleistet. Darauf sei es aber nicht zurückzuführen, daß für diese Zeit keine Pflichtbeiträge entrichtet worden seien. Eine Notdienstverpflichtung dieses zeitlichen Ausmaßes sei eher geeignet gewesen, eine Beitragsverpflichtung zu begründen. Dies sei jedoch nicht geschehen.

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



- 4 -

Das Recht zur freiwilligen Beitragszahlung sei dem Kläger als früherem Rentenversicherten erhalten geblieben (§ 1244 RVO i.d.F. vom 21. Dezember 1937). Er habe davon keinen Gebrauch gemacht. Selbst wenn man unterstelle, daß seine Einkünfte die Entrichtung freiwilliger Beiträge nicht gestattet hätten, sei ein Zusammenhang mit der Notdienstverpflichtung ausgeschlossen, denn er sei für einen durch die Tätigkeit für die Polizei verursachten Verdienstausfall entschädigt worden. Zwar sei es denkgesetzlich nicht ausgeschlossen, daß der Kläger, hätte er nicht für die Polizei gearbeitet, eine Beschäftigung mit Beitragspflicht aufgenommen hätte oder zum Wehrdienst oder anderen militärähnlichen Dienstverrichtungen einberufen worden wäre. Solche theoretischen Erwägungen begründeten jedoch nicht die Anwendbarkeit des § 1251 Abs. 1 Nr. 1 RVO. Allerdings brauche der Versicherte grundsätzlich nicht nachzuweisen, daß Beitragszahlungen infolge einer Ersatzzeit unterblieben seien; denn § 1251 RVO begründe eine solche Vermutung, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 vorlägen. Hier sei die Vermutung aber widerlegt worden. Der Kohlenhandel habe praktisch das gesamte Berufsleben des Klägers ausgefüllt.

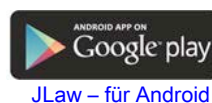
Der Kläger hat Revision eingelegt und beantragt, das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

Der Kläger rügt eine Verletzung von § 1251 Abs. 1 Nr. 1, § 1258 Abs. 1 RVO. Er habe als Notdienstverpflichteter militärähnlichen Dienst im Sinne des § 3 Abs. 1 Buchst. k BVG geleistet und bereits vorher der Rentenversicherung angehört. Es müsse nicht durch konkrete

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Umstände nachgewiesen werden, daß er ohne die Notdienstverpflichtung eine versicherungspflichtige Beschäftigung aufgenommen oder freiwillige Beiträge gezahlt hätte.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

II

Die Revision des Klägers ist zulässig. Sie ist insofern begründet, als das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit zu weiteren Ermittlungen und Feststellungen an das LSG zurückzuverweisen ist. Das LSG hatte nach seiner Rechtsauffassung nicht festzustellen, in welchem zeitlichen Ausmaß der Kläger als Briefftaubensachverständiger aufgrund der Notdienstverpflichtung tätig werden mußte. Darauf kommt es jedoch entscheidend an.

Der Senat konnte der Auffassung des LSG nicht folgen, daß eine bei Vorliegen eines Ersatzzeittatbestandes des § 1251 Abs. 1 RVO und der Voraussetzungen des Abs. 2 bestehende "Vermutung" des Zusammenhangs zwischen dem Ersatzzeittatbestand und dem Beitragsausfall durch die konkreten Umstände des Einzelfalls widerlegt werde. Eine derartige Einschränkung ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Abgesehen davon, daß in der Entscheidung in SozR Nr. 21 zu § 1251 RVO von einer "Unterstellung" des Gesetzes, die Ersatzzeittatbestände hätten eine Beitragsentrichtung verhindert, gesprochen wird (zu "Unterstellung" s. Baumbach, ZPO, 30. Aufl., Anm. 1 C zu § 292 ZPO, ferner BT-Drucks. II/2437, Begründung zu § 1256 des Entwurfs = § 1251 RVO: Fiktion), würde die Auffassung des LSG zur allgemeinen

- 6 -



- 6 -

Berücksichtigung eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Beitragsausfall und Ersatzzeittatbestand im einzelnen Fall führen. Dies entspricht nicht der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG). Die im Urteil des LSG aufgeführten Entscheidungen betreffen die rechtliche Unmöglichkeit oder die praktisch nie genutzte Möglichkeit einer Beitragsentrichtung, und die Fortwirkung einer gewählten Versicherungsfreiheit oder sie verneinen schon den Ersatzzeittatbestand selbst.

Das LSG hat aber richtig erkannt, daß bei den Tatbeständen des § 3 Abs. 1 BVG im Zusammenhang mit § 1251 RVO nicht der bloße Wortlaut des Gesetzes berücksichtigt werden kann.

Nach § 1251 Abs. 1 Nr. 1 RVO werden Zeiten des militärähnlichen Dienstes i. S. des § 3 BVG als Ersatzzeit angerechnet. Zwar führt § 1251 Abs. 1 Nr. 1 RVO den § 3 BVG ohne Einschränkung an; jedoch können nicht unbesehen alle Tätigkeiten, die in § 3 Abs. 1 Buchst. a bis Buchst. o BVG genannt sind, stets die Anrechnung von Ersatzzeiten nach Nr. 1 des § 1251 Abs. 1 RVO begründen; denn § 3 Abs. 1 BVG umfaßt sehr verschiedenartige "Dienste". So ist z.B. bei Buchst. a des § 3 Abs. 1 BVG – das von einer Dienststelle der Wehrmacht angeordnete Erscheinen zur Feststellung der Wehrtauglichkeit usw. – eine Ersatzzeit schwer vorstellbar. Bei der Auslegung des § 1251 Abs. 1 Nr. 1 RVO sind der unterschiedliche Sinn und Zweck der Berücksichtigung militärähnlichen Dienstes in der Kriegsopferversorgung und im Rentenversicherungsrecht zu beachten.

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](#)

- 7 -

Das BVG entschädigt gesundheitliche Schädigungen, die ursächlich mit dem militärähnlichen Dienst zusammenhängen (§ 1 BVG). Dabei kommt es nicht auf die zeitliche Dauer des militärähnlichen Dienstes an. Anders ist es bei der Anrechnung von Ersatzzeiten für entgangene Beitragszeiten. Bei den Ersatzzeittatbeständen der Nrn. 2 bis 6 des § 1251 Abs. 1 RVO handelt es sich um mit außergewöhnlichen Ereignissen zusammenhängende besondere Verhältnisse, die die ganze Person des Betroffenen erfassen und die - wie auch die in Nr. 1 genannten Kriegsdienst, Wehrdienst, Kriegsgefangenschaft und Minenräumdienst - eine freie berufliche Tätigkeit im weitesten Sinn im Inland verhindern, wie Internierung und Verschleppung (Nr. 2), Verhinderung der Rückkehr aus dem Ausland oder dortige Festhaltung (Nr. 3), Freiheitsentzug oder -einschränkung (Nr. 4), Gewahrsam (Nr. 5), Vertreibung, Flucht usw. (Nr. 6), jeweils mit anschließender Krankheit oder Arbeitslosigkeit, die ebenfalls den vollen Einsatz der Arbeitskraft verhindern. Hingegen kann militärähnlicher Dienst i.S. des § 3 BVG auch geleistet worden sein, ohne daß dadurch eine sonstige Tätigkeit des Herangezogenen verhindert oder wesentlich eingeschränkt worden wäre. So konnte Dienst aufgrund der Notdienst-VO und Luftschutzdienst aufgrund der 1. Durchführungsverordnung (DVO) zum Luftschutzgesetz seit 1. September 1939 (§ 3 Abs. 1 Buchst. k und o BVG) auch "kurzfristig" geleistet werden.

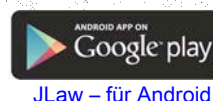
Nach § 3 der Notdienst-VO vom 15. Oktober 1938 gab es langfristigen und kurzfristigen Notdienst. Langfristiger Notdienst lag vor, sobald die Beschäftigung hauptberuflich erfolgte und länger als 3 Tage dauerte oder für eine längere Zeit als 3 Tage bemessen wurde. In allen anderen Fällen lag kurzfristiger Notdienst vor; er begründete

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

- 8 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 8 -

keinen Arbeitsvertrag: Langfristiger Notdienst dagegen konnte einen Arbeitsvertrag begründen (siehe dazu Pfundtner-Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht, Teil I b 44, Anm. 2 und 3 zu § 3 Notdienst-VO).

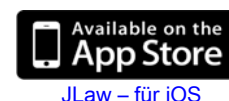
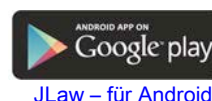
In der 2. DVO zur Notdienst-VO (SozVers. der Notdienstpflichtigen) vom 10. Oktober 1939 (RGBI I 2018 = AN 1939, 485) war bestimmt (§ 1), daß ein kurzfristiger Notdienst ein bestehendes Sozialversicherungsverhältnis nicht berührte und auch keine Sozialversicherungspflicht begründete. Bei Begründung eines einem Arbeitsvertrag entsprechenden Beschäftigungsverhältnisses galten für die Sozialversicherung die allgemeinen Vorschriften sinngemäß; wurde ein entsprechendes Beschäftigungsverhältnis nicht begründet, so blieb der Notdienstpflichtige, wenn er bei Eintritt in den langfristigen Notdienst nicht rentenversicherungspflichtig war, weiter versicherungsfrei (§§ 3, 4 der 2. DVO zur Notdienst-VO).

Auch die VO über die Sozialversicherung der einberufenen Luftschutzdienstpflichtigen vom 11. November 1939 (RGBI I 2181 = AN 1939, 516) unterschied zwischen kurzfristiger und langfristiger Heranziehung (§ 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Satz 2 der VO für die Zeit nach Aufruf des Luftschutzes zum 1.9.1939). So ist in Pfundtner-Neubert, aaO, Teil I g 5, Einführung zur VO über die Sozialversicherung der einberufenen Luftschutzdienstpflichtigen, gesagt, daß § 2 Abs. 1 der VO (Krankenversicherung, Rentenversicherung, Unfallversicherung und Arbeitslosenversicherung) für diejenigen Angehörigen der darin näher bezeichneten Luftschutzdienstarten gilt, die g a n z im Luftschutz Dienst tun.

- 9 -



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



Ein nicht hauptberuflicher Dienst unterscheidet sich wesentlich von den übrigen Ersatzzeittatbeständen des § 1251 Abs. 1 RVO; denn er hat die Herangezogenen nicht an einer Berufstätigkeit gehindert. Aus dem Zweck der Ersatzzeiten, entgangene Beitragszeiten bei Bestehen der in den einzelnen Nummern des Absatzes 1 aaO aufgeführten Zwangslagen eines Versicherten zu ersetzen, ergibt sich, daß militärähnliche Dienste i.S. des § 3 Abs. 1 Buchst. k BVG nur dann eine Ersatzzeit begründen, wenn sie die Arbeitskraft des Herangezogenen voll in Anspruch genommen haben, d.h. wenn der Herangezogene im Notdienst in einem zeitlichen Umfang eingesetzt war, der dem eines Vollbeschäftigten unter Berücksichtigung der im 2. Weltkrieg üblichen langen Arbeitszeit entspricht. Dabei kommt es auf die tageszeitliche Einteilung des Einsatzes (morgens, abends) nicht an.

In dem polizeilichen Heranziehungsbescheid ist der vom Kläger verlangte Notdienst als "langfristig" bezeichnet. Gleichzeitig ist aber die Pflicht des Klägers, dem Polizeipräsidenten zur Verfügung zu stehen, auf die nach der Ausübung seines Berufes verbleibende Freizeit beschränkt. Danach wurde keine hauptberufliche Beschäftigung des Klägers begründet. Dafür spricht auch die Art seiner Entschädigung. Nach § 3 Abs. 1 der 3. DVO zur Notdienst-VO vom 14. Oktober 1939 (RGBI I 2049) erhielt derjenige, der ohne Begründung eines einem Arbeitsvertrag entsprechenden Beschäftigungsverhältnisses zum langfristigen Notdienst herangezogen wurde, Vergütungssätze als Entschädigung für persönliche Aufwendungen (siehe Pfundtner-Neubert, aaO, I b 44, Einführung zur 3. DVO zur Notdienst-VO). Nach § 5 Abs. 2 dieser 3. DVO erhielt der unter Begründung eines entsprechenden Beschäftigungsverhältnisses zum



- 10 -

langfristigen Notdienst Herangezogene Dienstbezüge unter sinngemäßer Anwendung der für ein entsprechendes Arbeitsverhältnis geltenden Tarif-, Dienst- oder Betriebsordnungen.

Der Kläger hat in den Vorinstanzen vorgebracht, seine tatsächliche Heranziehung habe das in der polizeilichen Verfügung angegebene Ausmaß erheblich überschritten. Damit könnte er sinngemäß geltend machen, er sei wie bei einem Beschäftigungsverhältnis mit seiner Arbeitskraft voll in Anspruch genommen worden. Daß dies bei Notdienstverpflichtungen möglich sein konnte, ist aus der Anm. 2 zu § 3 der Notdienst-VO bei Pfundtner-Neubert, aaO, Teil I b 44, zu entnehmen. Im Zusammenhang mit der Erläuterung, daß kurzfristiger Notdienst auch vorliegt, "wenn er länger als 3 Tage dauert, aber nicht hauptberuflich erfolgt", heißt es weiter:

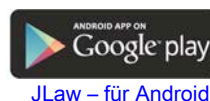
"wobei die Entscheidung über das Vorliegen einer hauptberuflichen Tätigkeit im Einzelfall der Praxis überlassen ist. Dieser Regelung haftet zweifellos ein gewisser Schematismus mit den damit verbundenen Nachteilen an. Aber irgendwo und irgendwie mußte wegen der notwendigen weiteren Regelungen eine Grenze gezogen werden, ohne Rücksicht darauf, ob diese Grenze jedem einzelnen Fall voll gerecht wird".

Aus dem bisher festgestellten Sachverhalt ist nicht zu erkennen, ob die Arbeitskraft des Klägers bei der Heranziehung als Brieftaubensachverständiger voll in Anspruch genommen wurde.

- 11 -



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



- 11 -

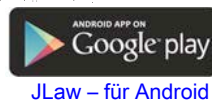
Das LSG hat bei seiner neuerlichen Prüfung und Entscheidung festzustellen, in welchem Umfang der Kläger zu Diensten aufgrund der polizeilichen Heranziehungsverfügung eingesetzt worden ist. Zwar sind zu dieser Frage in den Vorinstanzen verschiedene Einzelermittlungen durchgeführt worden. So ist der Kläger selbst eingehend vor dem SG und dem LSG befragt worden (Sitzungsniederschriften vom 19.3.1971, 11.2.1972 und 15.2.1973). Auch hat das SG eine Auskunft der Behörde für Inneres, Hamburg, vom 16. April 1971 über Erklärungen der Polizeimeister Sch. und K. eingeholt und es hat den Zeugen B. vernommen (Sitzungsniederschrift vom 7.9.1971), wobei diese Personen ein geringeres Ausmaß der Beanspruchung des Klägers auf Grund der Notdienstverpflichtung angegeben haben. Jedoch hat das LSG - bei seiner Rechtsauffassung zu Recht - nicht unter Würdigung dieser Ermittlungsergebnisse das Ausmaß der Heranziehung des Klägers abschließend unter Berücksichtigung möglicher Verschiedenheiten (vor und nach den großen Zerstörungen in Hamburg, im Winter, im Sommer) festgestellt. Das LSG wird zu erwägen haben, ob die Polizeimeister Sch. und K. zweckmäßigerweise persönlich als Zeugen vor Gericht zu hören und etwa vorhandene Personalakten dieser Beamten heranzuziehen sein werden; ein Verzicht der Beteiligten auf deren Vernehmung ist unbeachtlich (siehe Sitzungsniederschrift des SG vom 11.2.1972). Ferner wird das LSG bei der Feststellung des zeitlichen Ausmaßes der Heranziehung des Klägers als Briefftaubensachverständiger aufgrund der Verfügung vom 19. November 1940 zu beachten und auseinanderzuhalten haben, daß der Kläger nach Vermerken in den Akten auch für Organisationen der NSDAP tätig gewesen sein soll (Vermerk in den Rentenakten vom 6.5.1970 und Schriftsatz der Beklagten vom 16.5.1972 an das LSG).

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

- 12 -



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

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

- 12 -

Da die notwendigen Feststellungen noch nicht getroffen sind, konnte der Senat nicht abschließend entscheiden.

Die Kostenentscheidung bleibt dem das Verfahren abschließenden Urteil vorbehalten.

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](#)