

Bundessozialgericht

- 12 RK 60/76 -

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 Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1)

2)

3)

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat am 24. Oktober 1978
ohne mündliche Verhandlung
für Recht erkannt:

- 2 -

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](#)

- 2 -

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 29. September 1976 aufgehoben.

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

G r ü n d e :

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger in der Rentenversicherung der Arbeiter (ArV) oder in der Rentenversicherung der Angestellten (AnV) versicherungspflichtig ist.

Der Kläger ist als Tunnelaufseher am alten Elbtunnel in Hamburg beschäftigt. Von seiner Arbeitgeberin, der Freien und Hansestadt Hamburg - Beigeladene zu 3) -, wird er als Angestellter nach dem Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) bezahlt. Seine Aufgabe besteht darin, für den ordnungsgemäßen und reibungslosen Verkehr durch den Elbtunnel zu sorgen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die sich auf Arbeitsplatzbeschreibungen der Beklagten und der Beigeladenen zu 2) und 3) stützen, ergibt sich folgendes Tätigkeitsbild:

Der mit zwei voneinander getrennten Fahrbahnen versehene Elbtunnel wird über vier Fahrkörbe erreicht. Vor den oben in Straßenhöhe befindlichen Ein- und Ausfahrten sowie unten auf der Tunnelsohle sind Tunnelwärter postiert. Sie tragen eine blaue Dienstkleidung mit goldenen Knöpfen und eine weiße Mütze. Durch Handzeichen und Einwinken dirigieren sie die ein- und ausfahrenden Fahrzeuge und bedienen die Armaturen für den Betrieb der Fahrkörbe. Die oben und unten sowie auf der anderen Tunnelseite postierten Tunnelwärter sind durch telefonischen Sprechfunk miteinander verbunden. Die Aufgaben der Tunnelaufseher und Tunnelwarte sind in der Dienstweisung für das Personal der Dienststelle "Elbtunnel"

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Abschnitt VII und VIII geregelt. Auf den Verkehr im Elbtunnel und vor den Tunnelanlagen finden die Vorschriften der Straßenverkehrsordnung (StVO) Anwendung. Es handelt sich um Ordnungs- und Aufsichtsfunktionen auf begrenztem Raum, wobei polizeiliche Funktionen wahrgenommen werden. Sie haben eine polizeiliche Weisungsbefugnis gegenüber den Verkehrsteilnehmern in und vor den Elbtunnelanlagen. Außerdem haben sie Meldungen und Berichte anzufertigen über Unfälle und besondere Vorkommnisse, müssen die ordnungsgemäße Gebührenentrichtung überwachen und die in § 23 der Aufzugsordnung geforderte Prüfung als Aufzugsführer abgelegt haben. Der Arbeitsplatzinhaber muß über eine gute Auffassungsgabe verfügen sowie über Besonnenheit und Selbständigkeit bei außergewöhnlichen Vorfällen, die mit der Eigenart des Elbtunnelbetriebes zusammenhängen.

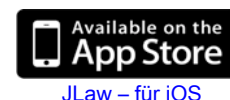
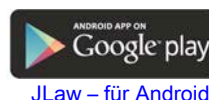
Am 10. Mai 1972 beantragte der Kläger neben 41 anderen gleichartig Beschäftigten seine Überführung aus der ArV in die AnV mit der Begründung, er sei mit der Regelung und Überwachung des öffentlichen Straßenverkehrs sowie mit der Gefahrenabwehr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung beauftragt und nehme dadurch polizeiliche Aufgaben wahr. Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 4. Juni 1973 ab. Widerspruch und Klage blieben erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 19. Oktober 1973, Urteil des Sozialgerichts -SG- vom 26. Februar 1976). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen (Urteil vom 29. September 1976). Es hat ausgeführt, die Tätigkeit des Klägers könne weder aufgrund einzelner Aufgabenbereiche noch nach ihrem Gesamtbild als eine überwiegend geistige Beschäftigung angesehen werden. Aus dem Gesetz selbst (§§ 2 Abs 1 und 3 des Angestelltenversicherungsgesetzes -AVG- und § 165 b Abs 1 der Reichsversicherungsordnung -RVO-) und auch aus der Rechtsprechung über die entschiedenen Einzelfälle könne kein fest abgegrenzter und allgemein gültiger Begriff der Angestellten entnommen werden. Vielmehr komme es für die Zuordnung, ob ein Versicherter der AnV oder der ArV angehört, nach der Verkehrsanschauung darauf an, ob die Arbeit ihr Gepräge von einer überwiegend geistigen Beschäftigung oder einer vorwiegend

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

- 4 -



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



- 4 -

körperlichen Betätigung erhalte. Daß der Kläger als Angestellter nach dem BAT eingestuft sei, sei kein Indiz für die Zuordnung zur AnV. Nicht der Parteiwille, sondern die tatsächlichen Umstände und Verhältnisse seien maßgebend. Die Tätigkeit des Klägers lasse sich in drei wesentliche Aufgabenbereiche aufteilen: Verkehrsregelung, Bedienung der Fahrkörbe und die Gebührenkontrolle. Die beiden letztgenannten seien der ArV zuzuordnen. Die Fahrkorbbedienung verlange neben der rein manuellen Betätigung der Mechanik lediglich eine gewisse Umsicht, die aber bei jeder Tätigkeit notwendig sei. Diese Tätigkeit sei mit der von Parkwächtern auf den Parkdecks von Warenhäusern vergleichbar. Auch die Kontrolle von Länge, Gewicht und Ladung der Fahrzeuge sei keine als geistig zu bezeichnende Arbeit. Das gleiche gelte für die Gebührenerhebung. Es sei dies eine im wesentlichen gleichförmige Tätigkeit, die keine größeren geistigen Anforderungen stelle. Die Verkehrsregelung in und vor den Elbtunnelanlagen rechtfertigten ebenfalls nicht die Zuordnung zur AnV. Ihr fehle eine überwiegend geistige Komponente. Zwar liege in der bevorzugten Beförderung von Fahrzeugen mit Sonderrechten nach § 35 der Straßenverkehrsordnung (StVO) eine geistige Tätigkeit. Sie bilde aber die Ausnahme. Wie die Beklagte in dem angefochtenen Widerspruchsbescheid ausführlich dargelegt habe, nehme der Kläger keine hoheitlichen Aufgaben wahr und sei nicht als Hilfspolizist anzusehen. Auch die Feststellung von Personalien eines Verkehrsteilnehmers aus gegebenem Anlaß sei nicht als hoheitliches Handeln zu werten, sondern eher der Ausübung des Hausrechts zuzuschreiben.

Der Kläger hat - die vom LSG zugelassene - Revision eingelegt. Er macht geltend, daß er angestelltenversicherungs-pflichtig sei, weil er polizei-hoheitliche Funktionen verrichte. Ihm seien hilfspolizeiliche Befugnisse übertragen, die denen beamteter Polizisten in vieler Hinsicht glichen. Er habe polizeiliche Weisungsbefugnis gegenüber den Ver-

- 5 -



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



- 5 -

kehrsteilnehmern. Über Verkehrsunfälle habe er Meldungen und Berichte anzufertigen. Seine wesentliche Aufgabe bestehe in der Durchführung von Maßnahmen im Sinne der StVO. Er sei befugt, Personalien festzustellen. Auch seien ihm Zwangsmittel nach § 14 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes übertragen. Im übrigen ergebe sich seine Einordnung in die AnV auch aus Ziffer XVIII Abs 2 des Berufsgruppenkatalogs.

Der Kläger beantragt,

die Urteile der Vorinstanzen sowie den Bescheid der Beklagten vom 4. Juni 1973 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Oktober 1973 aufzuheben und festzustellen, daß er der Rentenversicherung der Angestellten zuzuordnen sei.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 2) beantragen,
die Revision zurückzuweisen.

Die Beigeladenen zu 1) und 3) haben keinen Antrag gestellt.

Alle Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 des Sozialgerichtsgesetzes -SGG-).

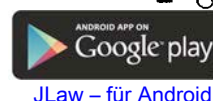
II

Die Revision des Klägers ist begründet. Das Urteil des LSG ist aufzuheben. Der Rechtsstreit ist zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die bisherigen Feststellungen reichen nicht aus, um hieraus die Zugehörigkeit des Klägers zur AnV oder zur ArV ableiten zu können.

Das LSG ist zutreffend davon ausgegangen, daß sich die Frage, ob die Beschäftigung des Klägers die Versicherungspflicht in der ArV oder in der AnV zur Folge hat, nicht aus dem Gesetz selbst



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



- 6 -

- 6 -

beantworten läßt. Der für die Abgrenzung erforderliche Begriff des "Angestellten" ist im AVG nicht definiert. Die Vorschrift des § 3 AVG enthält lediglich eine beispielhafte Erläuterung, die die Beschäftigung des Klägers nicht umfaßt. Das gleiche gilt für die in § 165 b RVO für den Bereich der Krankenversicherung vorgenommene Aufzählung einzelner Gruppen. Allein deshalb durfte sich das LSG aber noch nicht veranlaßt sehen, lediglich anhand der von ihm festgestellten Tätigkeitsmerkmale zu prüfen, ob die Beschäftigung vorwiegend geistig oder überwiegend körperlich geprägt ist. Wie bei der Prüfung, ob eine Beschäftigung der ArV oder der AnV zuzuordnen ist, vorgegangen werden muß, hat das Bundessozialgericht (BSG) in ständiger Rechtsprechung klargestellt (vgl. hierzu auch Verbandskomm § 1227 RVO Anm 15 S 16 ff). Danach ist, wenn die Anwendung des § 3 AVG unergiebig ist, zu prüfen, ob die Beschäftigung einer der im "Berufskatalog" (Bestimmungen des Reichsarbeitsministers -RAM- über die Berufsgruppen in der Angestelltenversicherung vom 8. März 1924 - RGBI I 274 - abgeändert durch die Verordnungen vom 4. Februar und 15. Juli 1927 - RGBI I 58 und 222 -) aufgeführten Gruppen entspricht. Hierzu ist in den Gründen des angefochtenen Urteils nichts ausgeführt. Entspricht die Beschäftigung keiner der im "Berufskatalog" aufgeführten Gruppen, dann muß weiter geprüft werden, ob die Beschäftigung derjenigen einer Berufsgruppe entspricht, die nach der Verkehrsanschauung allgemein als Angestellte betrachtet werden (BSGE 10, 82; 16, 98). Verkehrsanschauung ist die Ansicht der beteiligten Berufskreise und der interessierten Öffentlichkeit (BSG SozR Nr 13 zu § 3 AVG). Maßgeblich ist das gesamte Bundesgebiet (BSG SozR Nr 12 zu § 3 AVG). Eine feste Verkehrsanschauung kann jedoch nicht schon dann ohne weiteres angenommen werden, wenn der Beschäftigte tarifrechtlich oder arbeitsrechtlich als Angestellter gilt (BSG SozR Nrn 12 und 13 zu § 3 AVG). Hat sich eine feste Verkehrsanschauung gebildet, dann bedarf es keiner weiteren Ermittlungen, wie das Beschäftigungsverhältnis im

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

- 7 -



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

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

einzelnen ausgestaltet ist. Erst wenn festgestellt ist, daß es eine solche Verkehrsanschauung nicht gibt, hängt die Entscheidung, ob ein Arbeitnehmer Angestellter oder Arbeiter ist, davon ab, ob er eine überwiegend geistige Beschäftigung verrichtet oder ob er vorwiegend körperlich tätig ist (BSG SozR Nrn 7 und 12 zu § 3 AVG; BSG Urteil vom 18. Juni 1968 - 3 RK 57/65 - SozEntsch BSG III/1 RVO § 165 Nr 95). Dies hat das LSG verkannt, wie aus seiner Formulierung "nach der Verkehrsanschauung komme es darauf an, ob die Arbeit des Versicherten ihr Gepräge von einer überwiegend geistigen Beschäftigung oder einer vorwiegend körperlichen Betätigung erhält" (LSG-Urteil S 6 unten) hervorgeht. Insoweit hat das Berufungsgericht nur auf die ältere Rechtsprechung des 3. Senats des BSG (BSGE 10, 82; 16, 98) abgestellt, deren Verdeutlichung in späteren Entscheidungen (BSG SozR Nrn 7 und 12 zu § 3 AVG; SozEntsch BSG III/1 RVO § 165 Nr 95 = DOK 1968, 501 - dort unvollständig berichtet -) aber nicht berücksichtigt. Wohl auch aus diesem Grund hat sich das LSG nicht veranlaßt gesehen, Feststellungen darüber zu treffen, ob es eine feste Verkehrsanschauung gibt, wonach Tunnelaufseher von der Art des Klägers oder Beschäftigte mit etwa gleichartigen Tätigkeitsmerkmalen allgemein als Angestellte gelten.

Die Feststellung, ob eine einschlägige Verkehrsanschauung vorhanden ist oder nicht, kann vom Revisionsgericht nicht nachgeholt werden. Es kann hierbei offen bleiben, ob die Verkehrsanschauung als eine allgemeine Tatsache mit normähnlichem Charakter - wie etwa die Verkehrssitte, Handelsbräuche, Regeln der Technik und Gesetze der Logik - aufzufassen und deshalb der Revisionskontrolle unterworfen ist (vgl hierzu Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht, 11. neubearbeitete Aufl 1974, § 144 I 3). Auch wenn dies der Fall ist und das Revisionsgericht insoweit tatsächliche Feststellungen treffen könnte, müßten sich diese darauf beschränken, ob eine Verkehrsanschauung besteht oder nicht. Hierzu wäre aber erforderlich, daß die tatsächlichen Umstände des betreffenden Beschäftigungsverhältnisses geklärt sind, deren Kenntnis für die Fragestellung unerlässlich ist. Die Nachholung oder Ergänzung dieser tatsächlichen Ermittlungen ist jedoch dem Revisionsgericht verwehrt.



- 8 -

Die vom LSG getroffenen Feststellungen erlauben keine abschließende Beurteilung, wie das Beschäftigungsverhältnis tatsächlich gestaltet ist. Sie reichen nicht aus, die Art der Beschäftigung so genau zu präzisieren, daß diese modellhaft für die Beschreibung einer Beschäftigtengruppe und damit als Grundlage für die Feststellung einer etwaigen Verkehrsanschauung verwendet werden kann. Sie sind aber auch nicht ausreichend, das Gesamtbild der Tätigkeit und die Gewichtung der einzelnen Merkmale sicher zu erkennen, um - beim Fehlen einer Verkehrsanschauung - beurteilen zu können, ob die Arbeit des Klägers überwiegend geistig oder aber vorwiegend körperlich geprägt ist. Für beide Feststellungszwecke hängt es entscheidend davon ab, welches Gewicht den auf straßenverkehrsrechtlichen Befugnissen beruhenden Tätigkeiten zukommt. Hierüber sind die Feststellungen im Urteil des LSG widersprüchlich. Während im Tatbestand des Urteils über das Tätigkeitsbild ua angegeben ist, es handele sich um Ordnungs- und Aufsichtsfunktionen auf begrenztem Raum, wobei polizeiliche Funktionen wahrgenommen werden, und die Tunnelwärter hätten polizeiliche Weisungsbefugnis gegenüber den Verkehrsteilnehmern, enthalten die Entscheidungsgründe (§ 10 Abs 2 des LSG-Urteils) die Feststellung, daß der Kläger keine hoheitlichen Aufgaben wahrnehme. Die erste Feststellung wird auf Arbeitsplatzbeschreibungen der Beklagten und der Beigeladenen zu 2) und 3) gestützt, die andere aus der Darlegung der Beklagten im Widerspruchsbescheid übernommen. Beide Feststellungen schließen sich aber gegenseitig aus, denn polizeiliche Funktionen sind begriffsnotwendig immer hoheitliche Funktionen. Diese Widersprüchlichkeit ist von Amts wegen zu berücksichtigen (Meyer-Ladewig SGG § 163 RZ 3; BAG NJW 1967, 2226). Auch sie zwingt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung an das LSG, um diesem Gelegenheit zu geben, die Widersprüchlichkeit auszuräumen, das Gesamtbild der Beschäftigung genauer zu präzisieren und insbesondere die Rechtsnatur der "polizeilichen" Funktionen sowie den Umfang und das Gewicht der hierauf beruhenden Tätig-

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

- 9 -



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

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

keiten zu klären. Sodann hat das LSG zu prüfen, ob die Beschäftigtengruppe "Tunnelaufseher" einer der in den Ziffern XVII und XVIII der Berufsgruppenbestimmung ("Berufskatalog") aufgezählten Gruppen gleichzuachten ist. Sollte das nicht der Fall sein, dann müßte festgestellt werden, ob sich eine einschlägige Verkehrsanschauung gebildet hat. Erst wenn auch dieses verneint werden muß, wird das LSG anhand des Gesamtbildes der Beschäftigung abzuwägen haben, ob ihr die geistigen oder die körperlichen Merkmale das Gepräge geben. Falls sich hierbei weder für das eine noch für das andere ein deutliches Übergewicht ergibt, wird auf den - an sich grundsätzlich der tatsächlichen Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses nachrangigen - Willen der Vertragsschließenden abzustellen sein, wie er sich in dem Arbeitsvertrag niedergeschlagen hat. Insoweit kann nichts anderes gelten als bei Grenzfällen zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit (vgl die zur Veröffentlichung bestimmten Urteile des erkennenden Senats vom 13. Juli 1978 - 12 RK 14/78 - und vom heutigen Tag - 12 RK 58/76 -).

Die Kostenentscheidung bleibt der das Verfahren abschließenden Entscheidung vorbehalten.

