

# Rechtsprechung

## Urteile zum Sozialversicherungsrecht erläutert von Bernward Hegemann OP, Köln

DIE GESETZLICHE RENTENVERSICHERUNGSPFLICHT FÜR ORDENSLEUTE, DIE ANGESTELLTE ODER BEAMTE SIND ODER WAREN.

### 1. Urteil des Bundessozialgerichtes vom 18. März 1982

Aktenzeichen: 11 RA 27/81.

Abtei der OCist. in L.

Klägerin und Revisionsbeklagte,

gegen ,

BfA, Berlin

Beklagte und Revisionsklägerin.

*beigeladen:*

das ehemalige Ordensmitglied

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 1982 für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 9. Dezember 1980 wird in der Sache zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben; außergerichtliche Kosten sind im Rechtsstreit nicht zu erstatten.

### Gründe

#### I

Streitig ist, ob die klagende geistliche Genossenschaft die Beigeladene für die Zeit vom 28. Februar 1967 bis Februar 1976 bei der Beklagten gem. § 9 Abs. 5 des Angestelltenversicherungsgesetzes (AVG) nachversichern muß.

Die Beigeladene war zu dieser Zeit Mitglied der Klägerin und als Hauptlehrerin an der von der Klägerin betriebenen Mädchenschule tätig. Das Land Baden-Württemberg berief sie am 28. Februar 1967 zur Probe und ab Januar 1970 auf Lebenszeit in das Beamtenverhältnis. Im Februar 1976 beendete die Beigeladene ihre Mitgliedschaft bei der Klägerin, nicht jedoch ihre Unterrichtstätigkeit und das Beamtenverhältnis.

Die Klage gegen die von der Beklagten für die Zeit ab April 1960 angeordnete Nachversicherung (Bescheid vom 12. November 1976, Widerspruchsbescheid vom 17. März 1977) hatte in den Vorinstanzen für die streitige Zeit Erfolg; der Nachversicherungsbescheid wurde insoweit aufgehoben (Urteile des Sozialgerichts -SG- Karlsruhe vom 25. April 1978 und des Landessozialgerichts -LSG- Baden-Württemberg vom 9. Dezember 1980). Das LSG verneinte die Nachversicherungspflicht, weil die Klägerin in der streitigen Zeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG versicherungspflichtig gewesen sei; es ließ offen, ob Nr. 1 sich neben Nr. 7 überhaupt anwenden lasse. Nr. 1 sei erfüllt, weil zwischen der Beigeladenen und dem Land Baden-Württemberg ein nach dieser Vorschrift versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestanden habe. Ebenso sei der Tatbe-

stand der Nr. 7 in der Fassung vor und nach dem Rentenreformgesetz (RRG) vom 16. Oktober 1972 gegeben; auch hier sei es unerheblich, daß das Land Baden-Württemberg das Gehalt – mit Zustimmung der Beigeladenen – unmittelbar der Klägerin überwiesen habe.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Beklagte eine Verletzung der §§ 2 Abs. 1 Nr. 7 und 9 Abs. 5 AVG. Die Versicherungspflicht von Ordnungsmitgliedern richtete sich ausschließlich nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG; Barbezüge im Sinne dieser Vorschrift habe die Beigeladene nicht erhalten.

## II

Die Revision der Beklagten ist in der Sache unbegründet; die Klägerin muß die Beigeladene nicht auch für die streitige Zeit nachversichern.

Nach § 9 Abs. 5 AVG – idF. des RRG, die beim Ausscheiden der Beigeladenen aus der Klägerin galt und daher maßgebend ist – sind (u. a.) satzungsmäßige Mitglieder geistlicher Genossenschaften, die aus ihrer Gemeinschaft ausscheiden, für die Zeit ihrer Mitgliedschaft in der Gemeinschaft nachzuversichern, in denen sie aus anderen Gründen als wegen einer Schul-, Fachschul- oder Hochschulausbildung der Versicherungspflicht nicht unterlagen (1. Alternative) oder nach § 8 Abs. 3 AVG befreit waren (2. Alternative). Da letzteres nicht der Fall war, hängt die Nachversicherung der Beigeladenen davon ab, ob sie in der streitigen Zeit der Versicherungspflicht nicht unterworfen war, wobei eine Schul-, Fachschul- oder Hochschulausbildung als Grund hierfür von vornherein nicht in Betracht kommt.

Bei der sonach gebotenen Prüfung der nicht bestandenen Versicherungspflicht kann der Senat nicht der von der Beklagten vertretenen Auffassung folgen, daß lediglich die Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG gemeint sei. Diese Vorschrift begründet zwar eine Versicherungspflicht eigens für Mitglieder geistlicher Genossenschaften, an die in § 9 Abs. 5 AVG gewiß in erster Linie gedacht ist; der Wortlaut des § 9 Abs. 5 enthält jedoch keine Einschränkung auf die fehlende Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG; dies wäre auch nicht sinnvoll, weil Zeiten einer anderweitigen Versicherungspflicht ebenfalls keiner Nachversicherung bedürfen.

Allerdings meinen die Beklagte und wohl auch die Klägerin, die Prüfung beschränke sich gleichwohl auf die Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG, weil sich die Versicherungspflicht von Mitgliedern geistlicher Genossenschaften ausschließlich nach dieser Spezialvorschrift richte. Auch dieser Meinung tritt der Senat nicht bei.

§ 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG ist mit Wirkung vom 1. März 1957 geschaffen worden. Nach der damaligen Fassung waren die Mitglieder geistlicher Genossenschaften – abgesehen von Ausbildungszeiten – versicherungspflichtig, wenn sie sich aus überwiegend religiösen oder sittlichen Beweggründen mit Krankenpflege, Unterricht oder anderen gemeinnützigen Tätigkeiten beschäftigten und persönlich neben dem freien Unterhalt Barbezüge von mehr als einem Zehntel der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze erhielten. Nach der Fassung durch das RRG sind sie – wiederum abgesehen von Ausbildungszeiten – während ihrer Tätigkeit für die Gemeinschaft (gleich welcher Art nun) versicherungspflichtig, wenn die persönlichen Barbezüge ein Achtel der genannten Grenze übersteigen.

Aus dieser Abgrenzung der Versicherungspflicht ergibt sich nicht, daß die Mitglieder geistlicher Genossenschaften nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG versicherungspflichtig sein könnten, wenn sie, wie in Nr. 1 verlangt, „als Angestellte gegen Entgelt beschäftigt“ sind. Die Rechtsprechung hat eine solche Versicherungspflicht für diejenigen Mitglieder bejaht, die zu einem Dritten in einem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis stehen, obgleich die Mitglieder auch auf diese Weise „für den Orden“ tätig werden; dabei wurde es für unerheblich angesehen, ob sie das Entgelt aus dem Beschäftigungsverhältnis der Gemeinschaft zukommen ließen (BSGE 13, 76f.; 25, 24, 26; SozR 5050 § 15 Nr. 11). Die

Entstehungsgeschichte des § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG alter und neuer Fassung (BT-Drucks. II/3080 und VI/3167, Begründung jeweils zu § 1227 Abs. 1 Nr. 5 RVO) läßt nicht erkennen, daß es ab März 1957 keine derart begründete Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG mehr geben sollte, vielmehr nun allein § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG maßgebend sei. Dem stünde auch entgegen, daß beide Vorschriften an unterschiedliche Verhältnisse anknüpfen: Nr. 7 an das Verhältnis des Mitglieds zu seiner Gemeinschaft, Nr. 1 dagegen an das Verhältnis zu einem Dritten als Arbeitgeber. Das bestätigen die Bestimmungen über die Beitragsentrichtung in § 112 Abs. 4 AVG; nach ihnen hat neben dem Versicherten (dem Mitglied) demgemäß im Falle Nr. 7 die Gemeinschaft und im Falle Nr. 1 der Arbeitgeber die Pflichtbeiträge zu tragen.

Die in § 112 Abs. 2 AVG festgelegte Höhe der Beiträge liefert zugleich ein weiteres Argument für die vom Senat vertretene Ansicht. Auch die Beiträge berechnen sich nämlich unterschiedlich, und zwar bei Versicherungspflicht nach Nr. 1 aus dem bezogenen Bruttoarbeitsentgelt, bei Versicherungspflicht nach Nr. 7 aus den Geld- und Sachbezügen, die die Mitglieder persönlich erhalten. Angesichts dessen würde der Ausschluß der Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG im Regelfall den Versicherungsschutz des Ordensmitglieds verkürzen und es schlechter als andere Arbeitnehmer stellen. Im allgemeinen sind die Geld- und Sachbezüge, die die Gemeinschaftsmitglieder persönlich erhalten, geringer als das Bruttoarbeitsentgelt aus dem zu dem Dritten eingegangenen Beschäftigungsverhältnis. Bei den Geld- und Sachbezügen im Rahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG kann, weil nur das Verhältnis des Mitglieds zu seiner Gemeinschaft betroffen wird, wie auch in den Worten „persönlich erhalten“ zum Ausdruck kommt, allein auf die Bezüge abgestellt werden, welche die Gemeinschaft entweder ihrerseits dem Mitglied zuwendet oder ihm aus einer Tätigkeit für die Gemeinschaft beläßt. Das vom Land Baden-Württemberg der Beigeladenen gezahlte Gehalt kann deshalb entgegen der Auffassung des LSG bei einer Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG nicht berücksichtigt werden. Dagegen stellt das Gehalt, wie das LSG zutreffend dargelegt hat, ein Entgelt iS des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG dar, weil es eine Gegenleistung des Landes für die ihm von der Beigeladenen erbrachte Dienstleistung ist und die unmittelbare Abführung an die Klägerin im Rahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG keine Bedeutung hat (BSGE 13 aaO).

Es kann aber nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber der Rentenreform von 1957 bzw. des RRG von 1972 den Versicherungsschutz von Ordensmitgliedern schmälern wollte; seine Absicht war im Gegenteil dessen Erweiterung dadurch, daß künftig auch (unter gewissen Voraussetzungen) das Verhältnis des Mitglieds zu seiner Gemeinschaft der Versicherungspflicht unterworfen sein sollte. Deshalb müssen von der Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG diejenigen Fälle ausgenommen sein, in denen sich die Tätigkeit des Mitglieds „für den Orden“, wie hier in der streitigen Zeit, in einem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis zu einem Dritten (hier: dem Land als Arbeitgeber) vollzieht. Diese Fälle sind § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG unterzuzordnen. Dem steht nicht entgegen, daß im Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG – anders als in den Nrn. 2a, 10 und 11 – auf den Vorrang der Versicherungspflicht nach Nr. 1 nicht verwiesen wird; dieser Vorrang ergibt sich auch so aus den dargestellten Erwägungen.

Bestand aber in der streitigen Zeit eine Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG – was für den Fall der Anwendbarkeit dieser Vorschrift keiner der Beteiligten bezweifelt –, dann mangelt es an der für die Nachversicherung nach § 9 Abs. 5 AVG (1. Alternative) erforderlichen Voraussetzung, daß das Gemeinschaftsmitglied „nicht der Versicherungspflicht unterlag“. Insoweit bedarf es auch keiner Klärung mehr, ob die Beigeladene in dieser Zeit, wie wohl wahrscheinlich, wegen der ihr vom Land Baden-Württemberg gewährleisteten Versorgungsanwartschaft nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 AVG versicherungsfrei gewesen ist. Dazu müßte noch eine Entscheidung der obersten Verwaltungsbehörde des Landes nach § 6 Abs. 2 AVG über die gewährleistete Versorgungsanwartschaft ergangen sein (BSGE 50, 289, 290, 293f.), worüber das Berufungsurteil keine Feststellung enthält. Auch wenn die Beigeladene nämlich als Beamtin nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 iVm Abs. 2 AVG versicherungsfrei gewesen ist, bedeutet dies nicht, daß sie iS des § 9 Abs. 5 AVG „nicht

der Versicherungspflicht unterlag“. Denn dort ist nicht die Versicherungspflicht im konkreten Falle, sondern die Versicherungspflicht an sich gemeint; das ergibt sich schon daraus, daß andernfalls die 2. Alternative (Befreiung nach § 8 Abs. 3 AVG) in § 9 Abs. 5 AVG entbehrlich gewesen wäre. Im übrigen wäre es auch nicht sinnvoll, die nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG grundsätzlich versicherungspflichtigen, nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 iVm Abs. 2 AVG aber konkret versicherungsfreien Personen nach § 9 Abs. 5 AVG nachzuversichern, weil für sie das Gesetz im Bedarfsfall (beim Ausscheiden aus der versicherungsfreien Beschäftigung) die Nachversicherung nach § 9 Abs. 1 AVG vorsieht; wie die Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG ist auch diese Nachversicherung für sie vorteilhafter, weil ihr das bezogene Arbeitsentgelt zugrunde gelegt wird, während die Nachversicherung nach § 9 Abs. 5 AVG, wie die Beklagte zu Recht vorträgt, hier und wohl auch häufig nur nach einem in § 124 Abs. 2 AVG festgelegten geringeren „Mindestentgelt“ erfolgen könnte.

Nach alledem besteht deshalb keine Nachversicherungspflicht nach § 9 Abs. 5 AVG. An dieser Feststellung ist der Senat auch nicht verfassungsrechtlich deshalb gehindert, weil das Land Baden-Württemberg nicht zum Rechtsstreit beigelegt worden ist. Eine Beiladung des Landes, die im Revisionsverfahren nicht nachgeholt werden kann (§ 168 Sozialgerichtsgesetz -SGG-), hätte zwar durch die Vorinstanzen gem. § 75 Abs. 1 Satz 1 SSG erfolgen sollen; das Revisionsgericht muß eine unterlassene Beiladung von Amts wegen jedoch nur dann beachten, wenn die Beiladung nach § 75 Abs. 2 AVG notwendig gewesen wäre; ein derartiger Fall liegt hier nicht vor.

Die Revision der Beklagten war somit in der Sache zurückzuweisen. Bei der Kostenentscheidung hat der Senat berücksichtigt, daß die obsiegende Klägerin eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist und § 193 Abs. 4 SGG für alle Körperschaften des öffentlichen Rechts einen Anspruch auf Kostenerstattung ausschließt; soweit die Vorinstanzen der Klägerin einen Ersatzanspruch gegenüber der Beklagten zugiebilligt haben, waren daher diese Kostenentscheidungen aufzuheben.

## **2. Kommentar:**

*Das Urteil des BSG vom 18.03.82 hat bei den Rentenversicherungsträgern einige Aufregung verursacht, wegen der Feststellung, daß sich die Versicherungspflicht von Ordensmitgliedern nicht immer nach § 2, Abs. 1 Nr. 7 AVG und ihre Nachversicherung sich nicht immer nach § 9 Abs. 5 AVG richtet. Zugegeben, dieses Urteil ist mit leichter Hand geschrieben, aber die Orden können damit – sogar sehr gut – leben, weil hier einige Zweifel beseitigt wurden. Zwar betrifft dieses Urteil nur einen kleinen Kreis von Ordensleuten, nachstehend wird versucht, die Auswirkungen dieses Urteil im einzelnen aufzulisten.*

*1. Historisch gesehen, war 1957 der § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG die Grundlage für den § 9 Abs. 5 AVG. Die Begründung lautete 1957: Ordensleute, die für das Gemeinwohl gearbeitet haben, sollen wenigstens für diese Zeit eine kleine Altersversorgung durch Nachversicherung erhalten. Allerdings ist zu bemerken, daß unser § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG eigentlich an dieser Stelle im AVG nichts zu suchen hat. Auf der anderen Seite wird die Nachversicherung von ehemaligen Beamten im § 9 Abs. 1 AVG geregelt, ohne daß sich im § 2 Abs. 1 AVG ein spezifischer Hinweis findet. Lediglich § 6 AVG statuiert für Beamte (Abs. 1 Nr. 2 und 3) und für gleichgestellte Personen (Abs. 1 Nr. 4) und bezüglich der Ordensgeistlichen, die Militärseelsorger, damit Beamte auf Zeit sind, vgl. Abs. 1 Nr. 6) kraft Gesetzes eine Versicherungsfreiheit. Rechtssystematisch hätte der § 2, Abs. 1 Nr. 7 nur die Versicherungspflicht statuieren müssen, wenn nämlich Ordensleute von ihrem Orden neben den Sachbezügen mit mehr als . . . zur persönlichen, freien Verfügung erhalten hätten. Im Rahmen des § 6 AVG hätte dann die Versicherungsfreiheit aller anderen Ordensmitglieder statuiert werden müssen, mit der Folge einer Nachversicherung nach § 9 AVG.*

*2. Der Abschluß eines Gestellungsvertrages zwischen dem Orden und dem außerklösterlichen Dritten über die Tätigkeit eines Ordensmitgliedes bei diesem Dritten hängt immer von der Zustimmung des anderen Partners ab. Wenn diesem das Verfahren nicht geläufig war,*

bestand der andere Partner auf Abschluß eines ganz normalen Dienst- oder Arbeitsvertrages mit allen Konsequenzen: Versicherungspflicht zur Krankenversicherung, zur Arbeitslosenversicherung, zur Rentenversicherung. – Auch wenn die Ordensgemeinschaft das „Unternehmen“ darauf aufmerksam machte, daß in diesem Falle die Rentenversicherung sich nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 und nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG richte, so konnte normalerweise dieser Sonderstatus in der EDV-Lohnbuchhaltung kaum realisiert werden. In dieser Sache ist uns nur eine Entscheidung der AOK Berlin vom 1. 11. 73 bekannt geworden, die in den „Mitteilungen des Steuer- und Rechtsausschusses“ mit Ziff. 307 der Mitteilungen Nr. 43 veröffentlicht worden ist. Der Bescheid der AOK Berlin vom 1. 11. 1973 ist unter der Rubrik „Rentenversicherung“ durch das obige Urteil des BSG vom 18. 03. 1982 überholt. – Es stellte sich bei Ordensleuten, die als echte Angestellte bei außerklösterlichen Dritten tätig waren, die Frage, wie die im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG irrtümlich einbehaltenen Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zu behandeln sind. Die Lösung brachte schon bislang § 144 AVG, wo es heißt: „Beiträge, die in der irrtümlichen Annahme der Versicherungspflicht entrichtet sind und nicht zurückgefordert werden, gelten als für die freiwillige Versicherung entrichtet, wenn das Recht dazu in der Zeit der Entrichtung bestand.“ Das BSG hat mit seinem Urteil vom 18. 03. 1982 nun klargestellt, daß entgegen von § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG auch Ordensleute echte Angestellte oder Arbeiter im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG sein können, mit der Folge, daß vom Lohn/Gehalt Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zu entrichten sind. Diese Pflichtbeiträge haben insofern einen besonderen Stellenwert, als durch sie unter Umständen die Halbbelegung (wichtig für die Anerkennung von Ausfallzeiten) erreicht werden kann. – Tritt ein solches Ordensmitglied aus, dann unterliegen die mit Pflichtbeiträgen zur GRV mit Pflichtbeiträgen belegten Zeiten nicht der Nachversicherung nach § 9 Abs. 5 AVG. Dem Grunde und der Sache nach ist immer noch ein „Gestellungsvertrag“, sofern der außerklösterliche Dritte darauf eingeht, einem „normalen Beschäftigungsverhältnis“ vorzuziehen, denn die Dispositionsfreiheit der Ordensoberen bleibt gewährleistet, es fallen keine Lohn- und Kirchensteuern an, ebenso keine Beiträge zur Arbeitslosenversicherung (was soll's), keine Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung (die Höhe der freiwilligen Beiträge kann dann der Orden selbst bestimmen (wie bei den anderen Ordensmitgliedern auch) und der Beitrag zur Krankenkasse bleibt in der normalen Höhe, wie er für alle anderen Ordensmitglieder auch entrichtet wird.

3. Nur wenige Ordensleute haben nach ihrer Profefß, wenn die studienmäßigen Voraussetzungen erfüllt waren, die Beamtenlaufbahn, wie in diesem Falle, mit Zustimmung der Oberen eingeschlagen; es handelt sich meistens um Universitätsprofessoren und Studienräte an staatlichen Schulen. – Beamte können sich nach den Vorschriften des § 10 AVG nicht freiwillig in der GRV versichern, denn dieses würde schließlich zu einer Doppelversorgung: Rente und Pension, führen. – Aber es kann immer wieder die Möglichkeit eintreten, daß aus ordensinternen Gründen dieses Mitglied seinem Beamtenstatus entsagt, dann ist es für die Zeit seines Beamtenseins gemäß § 9 Abs. 1 AVG nachzuversichern, dieses galt bisher schon für Beamte im Vorbereitungsdienst (z. B. für Studienreferendare). – Die BfA hatte bislang in diesen Fällen den Standpunkt vertreten, daß für Ordensleute, die eine Zeitlang Beamte waren, eine Nachversicherung nach § 9 Abs. 1 AVG wegen des Vorrangs von § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG nicht durchzuführen sei. Diesen Standpunkt hat inzwischen die BfA in Berlin aufgegeben, denn sonst wäre hier eine echte Versorgungslücke entstanden, die durch Nachentrichtung von freiwilligen Beiträgen zur GRV nicht mehr aufgeholt werden können.

4. Militärgeistliche bei der Bundeswehr sind normalerweise Beamte auf Zeit, nämlich für die Zeit von 6 bis maximal 12 Jahre. Dann kehren sie wieder in ihre „Gliederkirche“, also bei uns, in den Orden zurück. Für diese Ordensleute, die Militärgeistliche, also Beamte auf Zeit waren, gibt es keine Nachversicherung, sondern es besteht eine besondere Regelung aufgrund des Gesetzes über die Militärseelsorge vom 26. 07. 57, was bedeutet, daß derartige Ordensleute bei Vollendung des 65. Lebensjahres eine bestimmte Summe zur Altersversorgung ausbezahlt erhalten, dieser Versorgungslasten-Ausgleich nach Art. 25 des Militärseelsorgevertrages ist durch einen Erlaß des Bundesministers der Verteidigung vom 07. 09. 71 geregelt (vgl. die „Mitteilungen des Steuer- und Rechtsausschusses“ Textziff. 221, Nr. 34).

5. Nachversicherungsbeiträge nach § 9 AVG sind Beiträge der Pflichtversicherung zur GRV, so daß diese Zeiten nicht mit freiwilligen Beiträgen belegt werden können. Es kann jedoch sein, daß ein „verbeamtetes Ordensmitglied“ aufgrund von früherer Berufstätigkeit nach § 10 AVG das Recht hatte, sich freiwillig in der GRV zu versichern. Wenn dann Nachversicherungsbeiträge mit freiwilligen Beiträgen kollidieren, dann werden die freiwilligen Beiträge nur als Höherversicherungsbeiträge betrachtet. Beiträge zur Höherversicherung unterliegen jedoch nicht der Dynamik, so daß diese dann ziemlich bedeutungslos für eine spätere Rente sind. Deshalb muß in diesen Fällen das Risiko einer freiwilligen Versicherung genau abgewogen werden: Es würde genügen, wenn eine Beitragszeit von 180 Kalendermonaten erfüllt ist. Dann besteht Anspruch auf Altersruhegeld.

6. Bezüglich der Ordensgeistlichen, die nach dem Militär-Seelsorge-Vertrag nur Beamte auf Zeit sind (nur die wenigsten werden Beamte auf Lebenszeit), die nach Ablauf der Zeit wieder „voll“ in ihre Ordensgemeinschaft zurückkehren, dann aber später austreten, wie in bezug auf die Militärgeistlichen, die vor Fristablauf den Orden verlassen, kann an dieser Stelle noch nichts Definitives gesagt werden, hier spielt u. U. der § 4 BeamtVG eine Rolle; deshalb muß diese Frage einem eigenen Kommentar vorbehalten werden.

7. Schließlich ist noch der Fall zu behandeln, von dem im Urteil des BSG vom 18.03.1982 die Rede ist. Eine Ordensschwester wurde nach einigen Jahren der satzungsmäßigen Ordenszugehörigkeit Beamter bei einem Bundesland. Die Schwester trat dann aus, blieb aber weiterhin Beamtin. Die BfA forderte in diesem Falle auf, für die Zeit des Beamtenstatus Nachversicherungsbeiträge gem. § 9 Abs. 5 AVG an, was bedeutet hätte, daß für diese Zeit eine Doppelversorgung zustande gekommen wäre, nämlich Rentenanspruch gegenüber der GRV und Versorgungsbezüge nach dem Beamtenrecht. Andererseits konnte der Orden diese Schwester wegen § 10 AVG nicht freiwillig versichern. Somit hat das BSG zu Recht entschieden, daß bei Ordensleuten, die später Beamte wurden, eine Nachversicherung nur ab Beginn der satzungsmäßigen Mitgliedschaft (dieses ist die erste Profefß) bis zum Tage der „Verbeamtung“ durchzuführen ist. Aus diesem Sachverhalt leitet sich unsere Empfehlung ab, die wir unter Nr. 5 gegeben haben.

### 3. Urteil des Bundessozialgerichtes vom 19.05.1982

Aktenzeichen: 11 RA 34/81.

Der Vollständigkeit halber drucken wir auch noch das Urteil des BSG vom 19.05.1982 unter 11 RA 34/81 ab, wobei eigentlich die unter 3. beigeladene Ordensgemeinschaft nur eine Nebenrolle spielt.

L. o. H.

Klägerin und Revisionsbeklagte,

gegen

BfA, Berlin

Beklagte und Revisionsklägerin.

beigeladen:

1. Bistum F.
2. Bistum B.
3. Provinzialat in W.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Mai 1982

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 18. Februar 1981 aufgehoben.

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

## Gründe:

### I

Streitig ist eine Nachversicherung des Klägers für Zeiten zwischen dem 21. Januar 1957 und dem 31. März 1962.

Der am 3. Mai 1926 geborene Kläger ist niederländischer Staatsangehöriger und gehörte seit dem 29. September 1948 der belgischen Provinz des Ordens als Mitglied an. Am 9. September 1953 wurde er zum Priester geweiht. In der Zeit vom 21. Januar bis zum 30. Juni 1957 war er aufgrund eigenen Bemühens, jedoch mit Genehmigung seines Ordens-Provinzials als Seelsorger in M. (Erzdiözese F.) beschäftigt. Nachdem er von seinem belgischen Ordensoberen zurückgerufen worden war, bemühte er sich seit Sommer 1957 um seine Säkularisierung und Rückkehr nach Deutschland in den Seelsorgedienst. Mit Schreiben vom 24. September 1957 gestattete ihm der römische Ordensgeneral, die eben frei gewordene Pfarrkuratie in K. (Erzdiözese B.) in der Nähe des Kloster S. zu übernehmen und sich frei in Deutschland aufzuhalten (Exklaustration). Diese Stelle als Kuratieverweser hatte der Kläger von November 1957 bis Oktober 1960 inne.

Nachdem er sich bereits im Sommer 1960 um eine Rückkehr nach M. bemüht hatte, erhielt er mit Erlaubnis des Ordensgenerals von der Erzdiözese F. eine Anstellung als „vicarius cooperator“ am Kolpinghaus in M. und versah diese Stelle in der Zeit vom 1. Januar 1961 bis zum 31. März 1962; er erhielt die Barbezüge eines Vikars seiner Dienststufe. Danach hielt sich der Kläger im Kloster M. auf und setzte seine Studien an den Universitäten L. und M. fort. Eine endgültige Lösung vom Orden erfolgte am 26. Oktober 1964 durch Reskript der Religiosenkongregation. Vom 15. November 1964 bis zu seinem Ausscheiden auch aus dem Diözesanpriesterdienst am 31. August 1973, war der Kläger im Bereich der Erzdiözese M. als Weltpriester tätig; für diese Zeit wurde er von dieser Erzdiözese (auf ihren „Antrag“ vom 6. Dezember 1973) nachversichert. Seit Oktober 1973 ist der Kläger beim Deutschen paritätischen Wohlfahrtsverband beschäftigt.

Den Antrag des Klägers vom 20. März 1974, die Nachversicherung für die gesamte Zeit seiner Tätigkeit während der Ordenszugehörigkeit durchzuführen, lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 30. Juli 1975 ab, weil die einjährige Antragsfrist nach dem Ausscheiden aus dem Orden gem. § 9 Abs. 5 Angestelltenversicherungsgesetz (AVG) aF versäumt sei; eine Nachversicherung gem. § 9 Abs. 1 AVG komme nicht in Betracht, da dem Kläger Versorgungsanwartschaften iS des § 6 Abs. 1 Nr. 4 AVG nicht gewährleistet gewesen seien.

Die nach Durchführung des Vorverfahrens (Widerspruchsbescheid vom 8. Januar 1976) erhobene Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg (Urteile des Sozialgerichts München vom 21. November 1978 und des Bayerischen Landessozialgerichts -LSG- vom 18. Februar 1981). Das LSG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Kläger sei während des gesamten Zeitraumes von 1957 bis 1962 Mitglied seiner Ordensgemeinschaft gewesen. Daran habe auch die Exklaustration nichts geändert. Die Beschäftigungsverhältnisse entsprächen inhaltlich einem Gestellungsvertrag stillschweigender Befreiung vom Armutsgebot, auch wenn die Schriftform nicht gewahrt worden sei. Der Kläger könne als Ordensangehöriger ohne Säkularisierung und ohne Inkardination für die strittige Zeit versorgungsrechtlich nicht einem Weltpriester gleichgestellt werden. Die Ausschlußfrist des § 9 Abs. 5 AVG aF sei bei Antragstellung längst abgelaufen gewesen.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung von § 9 Abs. 1 und Abs. 5 AVG aF. Er macht ferner geltend, daß sich das LSG bei der Annahme eines Gestellungsvertrages auf bloße Behauptungen der beigeladenen Diözesen gestützt habe. Der Kläger hat eine gutachterliche Stellungnahme des Kirchenrechtlers Prof. N. T. vorge-

legt, wonach die Annahme von Gestellungsverträgen der Grundlage entbehre; es habe sich vielmehr um ein normales Dienstverhältnis gehandelt.

Der Kläger beantragt (sinngemäß),

die Urteile der Vorinstanzen sowie die Bescheide der Beklagten aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, die Nachversicherung für die Zeiten vom 21. Januar 1957 bis zum 30. Juni 1957 und vom 15. Oktober 1957 bis zum 31. März 1962 „zuzulassen“.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

## II

Die Revision ist im Sinne einer Aufhebung des angefochtenen Urteils und einer Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz begründet.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Durchführung einer Nachversicherung, sei es nach § 9 Abs. 1, sei es nach § 9 Abs. 5 AVG. Im ersteren Falle wären die Nachversicherungsbeiträge von den beigeladenen Erzdiözesen auf der Grundlage von Arbeitsentgelten, im letzteren Falle von der belgischen Ordensgemeinschaft auf der Grundlage vom Kläger „persönlich erhaltener Geld- und Sachbezüge“ zu entrichten (§§ 124 Abs. 2 und 3, 126 Abs. 1 iVm § 112 Abs. 3 Buchst. c AVG). Maßgebend ist dabei jeweils die Fassung des § 9 durch das Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz (AnVNG) vom 23. Februar 1957 (AVG aF), im ersteren Falle für die Zeit vor März 1957 iVm Art. 2 § 4 Abs. 1 AnVNG.

Dem LSG ist zuzustimmen, daß eine Nachversicherung nach § 9 Abs. 5 AVG aF jedenfalls am Fehlen eines fristgerechten Antrages scheitern müßte. Ein solcher Antrag hätte, was nicht geschehen ist, innerhalb eines Jahres nach dem Ausscheiden aus dem Orden, also bis zum 27. Oktober 1965, bei der Beklagten gestellt werden müssen. Eine Verlängerung dieser Frist nach § 125 AVG kommt nicht in Betracht, weil § 125 AVG nur den Aufschub der Nachentrichtung von Beiträgen bei bereits bestehender Nachversicherungspflicht regelt, der Antrag nach § 9 Abs. 5 AVG aF aber schon zur Begründung der Nachversicherungspflicht erforderlich war.

Zu Unrecht hat das LSG jedoch wegen dieser Fristversäumnis beim Kläger die Nachversicherungspflicht überhaupt verneint. Für die vom Kläger ferner begehrte Nachversicherung nach § 9 Abs. 1 AVG hatte die Fristversäumnis keine Bedeutung. Dieser Nachversicherung stand auch nicht im Wege, daß der Kläger, wie vom LSG hervorgehoben, während der streitigen Zeiten noch Ordensmitglied gewesen ist.

Mit der Versicherungspflicht und Nachversicherung von Ordensmitgliedern aufgrund der durch das AnVNG von 1957 geschaffenen Rechtslage hat sich der erkennende Senat bereits in seinem (zur Veröffentlichung bestimmten) Urteil vom 21. März 1982 – 11 RA 27/81 – befaßt. Der Senat hat dort klargestellt, daß sich die Versicherungspflicht von Ordensmitgliedern nicht immer nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG und ihre Nachversicherung sich nicht immer nach § 9 Abs. 5 AVG richtet. Die Mitglieder geistlicher Genossenschaften seien vielmehr nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG versicherungspflichtig, wenn sie „als Angestellte gegen Entgelt beschäftigt“ sind, also in einem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis stehen; in diesem Falle sei für ihre Nachversicherung § 9 Abs. 1 und nicht § 9 Abs. 5 AVG maßgebend.

Es kommt daher darauf an, ob für die streitigen Zeiten nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG (an sich) versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zwischen dem Kläger und den beigeladenen Erzdiözesen bestanden. Insofern sind die Ausführungen des LSG widersprüchlich. Es spricht von Beschäftigungsverhältnissen, die inhaltlich einem Gestellungsvertrag (zwischen dem Orden und den Erzdiözesen) entsprochen hätten. Beides ist jedoch

nicht miteinander vereinbar, vielmehr schließen sich Beschäftigungsverhältnis und Gestellungsverhältnis (Gestellungsvertrag) gegenseitig aus.

Der entscheidende Unterschied besteht darin, wer über Beginn und Ende der Arbeitsleistung (Dienstleistung) bestimmt. Bei einem Beschäftigungsverhältnis liegt das in der Hand des Arbeitnehmers (Beschäftigten) und Arbeitgebers (Dienstempfängers), bei einem Gestellungsverhältnis dagegen in der Hand des Gestellenden und des Dienstempfängers (vgl. BSGE 28, 208). Der Dienstleistende (Arbeitsleistende) ist danach im ersteren Falle Vereinbarungspartner, im letzteren Falle wird er zur Dienstleistung (Arbeitsleistung) zur Verfügung gestellt. Dementsprechend zahlt der Dienstempfänger im ersteren Falle dem Dienstleistenden (gegebenenfalls) als Gegenleistung ein Entgelt, im letzteren Falle dagegen dem Gestellenden (gegebenenfalls) eine Vergütung.

Sonach haben aber aufgrund des vom LSG festgestellten Sachverhalts in den streitigen Zeiten Beschäftigungsverhältnisse zwischen dem Kläger und den beigeladenen Erzdiözesen und nicht sich auf den Kläger beziehende Gestellungsverhältnisse des Ordens zu den Erzdiözesen bestanden. Nach dem Sachverhalt war der Kläger im Seelsorgedienst der Erzdiözesen „beschäftigt“; er war offensichtlich mit Verrichtungen befaßt, wie sie Bediensteten der Erzdiözesen, insbesondere Diözesangeistlichen oblagen. Das LSG geht auch ersichtlich davon aus, daß der Kläger in persönlicher Abhängigkeit in der Weise in den „Betrieb“ der Erzdiözesen eingegliedert war, daß er seine Tätigkeit nicht frei gestalten konnte, sondern einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht seiner Diözesanvorgesetzten unterlag (vgl. BSGE 13, 201, 202 sowie BSGE 16, 289, 294). Schließlich hat der Kläger von den Erzdiözesen Dienstbezüge erhalten.

Daß der Kläger gleichwohl nur aufgrund von Vereinbarungen zwischen dem Orden und den Erzdiözesen tätig geworden sei, läßt sich aus den Feststellungen des LSG nicht entnehmen. Dazu genügt es nicht, daß der Kläger mit Zustimmung, Genehmigung oder sonstwie mit dem Willen des Ordens tätig geworden ist und ebensowenig, daß seine Beschäftigung im „Benennen“ zwischen dem Orden und den Erzdiözesen erfolgt ist. Nach dem Schutzzweck des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG ließe sich die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses des Klägers zu den Erzdiözesen nur verneinen, wenn für Beginn und Ende der Beschäftigung ausschließlich Vereinbarungen zwischen dem Orden und den Erzdiözesen maßgebend gewesen wären. Dafür findet sich in den Feststellungen des LSG, auch wenn es dazu keiner schriftlichen Vereinbarung bedurfte, kein Anhaltspunkt.

Daß der Kläger während der Beschäftigungen ab Oktober 1957 schon exklaustriert war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich, obgleich die Exklaustration eher gegen als für einen Gestellungsvertrag spricht. Ein Beschäftigungsverhältnis des Klägers zu den Erzdiözesen kann ferner nicht deshalb verneint werden, weil der Kläger wegen der noch nicht erfolgten Inkardination in den Klerus der Erzdiözesen damals noch Versorgungsrechte für spätere Zeiten gegen den Orden gehabt haben mag.

Bestanden aber in den streitigen Zeiten versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse iS des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG des Klägers zu den beigeladenen Erzdiözesen, so hängt die Nachversicherungspflicht nach § 9 Abs. 1 AVG davon ab, ob der Kläger in den streitigen Zeiten nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 AVG (für die Zeit vor März 1957 nach einer entsprechenden Vorschrift) versicherungsfrei gewesen ist. Nach dieser Vorschrift sind Geistliche und sonstige Bedienstete der als öffentlich-rechtliche Körperschaft anerkannten Religionsgesellschaften versicherungsfrei, wenn ihnen in der dort bestimmten Weise Anwartschaft auf lebenslängliche Versorgung und Hinterbliebenenversorgung gewährleistet ist. Die Entscheidungskompetenz hierüber liegt bei den in § 6 Abs. 2 AVG (bzw. den §§ 11 Abs. 3, 12 Satz 2 AVG idF vor 1957) bezeichneten Stellen (BSGE 50, 289, 293f.). Ob diese eine derartige Feststellung getroffen haben, hat das LSG jedoch nicht festgestellt.

Hiernach muß die Sache an das LSG zurückverwiesen werden, damit dieses zunächst prüft, ob die streitigen Beschäftigungsverhältnisse des Klägers erfassende Gewährleistungsentscheidungen (in Form von Allgemeinverfügungen) ergangen sind; sollte das nicht zutreffen, wird das LSG an die zuständigen obersten Landesbehörden heranzutreten

haben, damit diese über die Frage der Gewährleistung von Versorgungsanwartschaften in den streitigen Zeiten für den Kläger entscheiden.

Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten, an das LSG zurückzuverweisen (§ 170 Abs. 2 Satz 2 SGG).

*Dieses Urteil ist eigentlich nur wegen des Satzes, der sich in der Urteilsbegründung wiederfindet, den das BSG in seinem Urteil vom 18.03.82 (oben unter 1. abgedruckt) ausgesprochen hat: „daß sich die Versicherungspflicht von Ordensmitgliedern nicht immer nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AVG und ihre Nachversicherung sich nicht immer nach § 9 Abs. 5 AVG richte.“*

*Da mit seiner Entscheidung das BSG den Fall an das zuständige LSG zurückverwiesen hat, geben wir auch schon die Stellungnahme der betr. Ordensgemeinschaft bekannt, nämlich der Beigeladenen zu 3), der deutschen Provinz eines internationalen Ordens.*

1. Der Kläger war nie Mitglied unserer Ordensprovinz, sondern Mitglied der belgischen Provinz unseres Ordens. Er hielt sich nur gastweise in dem Bereich unserer Ordensprovinz auf. Das heißt, der Kläger war weder hospes (Gast) der deutschen Ordensprovinz noch zu ihr deputiert, er unterstand zu keiner Zeit der Jurisdiktion des deutschen Pater Provinzials. Alle seine Ordensangelegenheiten wurden von seinem belgischen Pater Provinzial oder vom Pater General in Rom erledigt. Hierzu wird verwiesen auf ein Schreiben des Pater Provinzials vom Provinzialat in W. v. 04.09.80 an das B.LSG in München.
2. Wir möchten feststellen, daß wir zu Unrecht beigeladen worden sind, es hätte höchstens das belgische Provinzialat unseres Ordens beigeladen werden können.
3. Eine Nachversicherung gemäß § 9 Abs. 5 AVG in der alten Fassung ist nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung für die Zeit vor dem 01.03.57 nicht möglich.
4. In der Zeit vom 21.01.57 bis zum 31.03.62 liegen Tätigkeitszeiten bei 2 Bistümern der kath. Kirche vor; wie rechtlich diese „Beschäftigungsverhältnisse“ konstruiert waren, entzieht sich unserer Kenntnis.
5. Es scheint, daß der Kläger für die Zeit von September 57 bis Sommer 60 durch ein päpstliches Reskript in einfacher Form exklaustriert worden ist. Nach can. 639 des kirchlichen Gesetzbuchs (CJC) beinhaltet dieses Indult, das die rechtlichen Bindungen in dieser Zeit zu seiner Ordensgemeinschaft für den Kläger suspendiert sind. Vor allem: anstelle seines Ordensoberen untersteht in dieser Zeit der Kläger der Jurisdiktion des Ordinarius loci.

Es wird beantragt, die Beigeladene zu 3), nämlich das Provinzialat in W., aus diesem Verfahren zu entlassen.

*Man muß in diesem Falle sagen: der klagende belgische Pater war ein „Wanderer zwischen den Welten“, früher war hier der Ausdruck „clericus vagus“ anzuwenden. Für uns steht jedenfalls fest, daß die deutsche Provinz des Ordens in W. mit dem Fall nichts zu tun hat; fast die gesamte Fragestellung richtet sich an die beiden beigeladenen Bistümer. Wie der Fall ausgehen wird, werden wir noch berichten.*

*Aber eines ist klar – oder sollte als Lehre dienen –, daß die höheren Ordensoberen in solchen Fällen vertraglich klare Verhältnisse schaffen.*