

VSSAR

Vierteljahresschrift für
Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von
Stefan Huster und Felipe Temming

2 38. Jg.
Juni 2020

Carl Heymanns Verlag

Erschienen bis Jg. 36 (2018) unter dem Titel VSSR Vierteljahresschrift für Sozialrecht

Herausgeber

Professor Dr. Stefan Huster und Professor Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE)

bis Juni 2018:

Professor Dr. Winfried Boecken, LL.M. (EHI Florenz), Richter am OLG Karlsruhe a.D., und Professor Dr. Dres. h.c. Rainer Pitschas

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Peter Axer • RA Prof. Dr. Konstantin Bakopoulos • Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI) • RiLSG Dr. Wolfgang Bender • Prof. Dr. Martina Benecke • Prof. Dr. Marcus Bieder • Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Cambridge) • Prof. Dr. Wiebke Brose, LL.M. (Köln/Paris I) • Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M. (Edinburgh) • Prof. Dr. Hermann Butzer • RiSG Gülay Çelik • Prof. Dr. Olaf Deinert • RiVG PD Dr. Andreas Engels • Prof. Dr. Christian Fischer • Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL.M. (Yale) • Prof. Dr. Timo Hebel • Prof. Dr. Constanze Janda • Prof. Dr. Jacob Joussen • Prof. Dr. Thorsten Kingreen • Prof. Dr. Eva Kocher • Prof. Dr. Katharina von Koppenfels-Spies • Prof. Dr. Rüdiger Krause • Prof. Dr. Katja Nebe • Prof. Dr. Susanne Peters-Lange • Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis • Prof. Dr. Oliver Ricken • Prof. Dr. Stephan Rixen • RiBSG Dr. Matthias Röhl • Prof. Dr. Christian Rolfs • RiBAG Dr. Sebastian Roloff • Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon) • PD Dr. Angie Schneider • Ministerialrat Joschka Schneider • Prof. Dr. Claudia Schubert • Prof. Dr. Roland Schwarze • Prof. Dr. Markus Stoffels • Prof. Dr. Daniel Ulber • Prof. Dr. Bernd Waas • Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein • Prof. Dr. Ulrich Wenner • Prof. Dr. Dimitris Zerdelis

Inhalt

Abhandlungen

<i>Ferdinand Wollenschläger</i> Auswahlentscheidungen in der Krankenhausplanung vor dem Hintergrund der Konkurrenz von Fach- und Allgemeinversorgern (Teil 1)	87
<i>Karl-Jürgen Bieback</i> Ghettorentenrechtsprechung – Eine Einführung zu den nachfolgenden Beiträgen	109
<i>Sabine Knickrehm</i> »Entschädigung« für Ghettoarbeit in der gesetzlichen Rentenversicherung	113
<i>Axel Tiemann</i> Herausforderungen der Verwaltung durch das ZRBG	119
<i>Ursula Scheurer/Andreas Wittenberg</i> Ghettorenten: Verfahren, Sachverhaltsermittlung und Gesetzesauslegung am Sozialgericht Hamburg im kritischen Rückblick	135
<i>Kirsten Kaiser</i> Das ZRBG am Sozialgericht Lübeck.....	153
<i>Sabine Knickrehm</i> Ghettorentenrechtsprechung des BSG an den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	161
<i>Marc Reuter</i> Die sozialverfahrensrechtliche Reichweite des ZRBG	171

Rezensionen

<i>Katja Chandna-Hoppe</i> , Die Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters – Zur Systematik der Befristungskontrolle am Beispiel der Befristung nach Erreichen des Rentenalters im Spannungsfeld von Unionsrecht und nationalem Recht (Rolf Wank).....	185
---	-----

VSSAR Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht, erschienen bis Jg. 36 (2018)
unter dem Titel **VSSR Vierteljahresschrift für Sozialrecht**

Gedruckt mit Unterstützung des Vereins zur Förderung sozialrechtlichen Schrifttums e.V.

Schriftleitung

Professor Dr. Stefan Huster, Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie, 44780 Bochum, E-Mail: stefan.huster@rub.de und *Professor Dr. Felipe Temming*, LL.M. (LSE), Leibniz Universität Hannover, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover, E-Mail: felipe.temming@jura.uni-hannover.de.

Manuskripte/Manuskriptvorschläge nehmen beide Schriftleiter entgegen. Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren. Für Manuskripte, die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung übernommen.

Verlag

Carl Heymanns Verlag – Eine Marke von Wolters-Kluwer Deutschland, Wolters-Kluwer-Str. 1, 50354 Hürth, Telefon 0 22 33/37 60-70 00, <http://www.heymanns.com>. Kundenservice: Telefon 0 26 31/8 01-22 22, e-mail: info@wolterskluwer.de

Nachdruck und Vervielfältigung

Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses Hefes, gleichgültig in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, sind nicht gestattet. Die vorbehaltenen Rechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze; sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung bearbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt auch

gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages.

Wolters Kluwer Deutschland gestattet hiermit rechtsverbindlich die den Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels entsprechende Nutzung der in dieser Zeitschrift veröffentlichten Rezensionen.

Bezugsbedingungen

Die Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht erscheint fünfmal im Jahr.

Jahrespreis 228,00€ zzgl. Versandkosten (14,00€ Inland/18,00€ Ausland). Einzelheft 58,00€ zzgl. Versandkosten je nach Heftumfang. Preise inkl. MwSt.

Aufkündigung des Bezuges mit Sechswochenfrist zum Jahresende.

Anzeigen

Anzeigenverkauf: Janosch Kleibrink, Telefon 0 22 33 / 37 60 - 77 19,

E-Mail: Janosch.Kleibrink@wolterskluwer.com

Anzeigendisposition: Karin Odening, Telefon 0 22 33 / 37 60 - 77 60,

E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com

Die Anzeigen werden nach der Preisliste Nr. 21 vom 1. 1. 2020 berechnet.

Satz

Newgen KnowledgeWorks (P) Ltd, Chennai

Druck

Williams Lea Tag GmbH, München

Zitiervorschlag: VSSAR 2020, S. . . .

ISSN 2628-409X

Auswahlentscheidungen in der Krankenhausplanung vor dem Hintergrund der Konkurrenz von Fach- und Allgemeinversorgern (Teil 1)

von Ferdinand Wollenschläger*

Übersicht

- I. Der einfach-gesetzliche und verfassungsrechtliche Rahmen der Krankenhausplanung
 - 1. Einfach-gesetzliche Regelung der Planaufnahme
 - a) Zweistufige Statusverleihung: Planung und Feststellungsbescheid
 - b) Bedarfsabhängiger Aufnahmeanspruch
 - c) Die Aufnahmekriterien
 - aa) Bedarfsgerechtigkeit
 - bb) Leistungsfähigkeit
 - cc) Wirtschaftlichkeit/Kostengünstigkeit
 - dd) Qualität
 - d) Parameter der Auswahlentscheidung
 - aa) Planaufnahmekriterien
 - (1) Leistungsfähigkeit, Qualität und Wirtschaftlichkeit
 - (2) Bedarfsgerechtigkeit
 - bb) Krankenhauszielplanung
 - cc) Trägervielfalt
 - dd) Auswahlspielraum und prozedurale Anforderungen
 - 2. Verfassungsrechtlicher Rahmen
 - a) Angemessene Krankenhausversorgung als bedeutsame Staatsaufgabe
 - b) Grundrechtliche Vorgaben
 - aa) Anspruch auf gleiche Planteilnahme
 - bb) Prozedurale Anforderungen

Die an einen Versorgungsbedarf geknüpfte und wegen weithin bestehender Überversorgung regelmäßig von Bewerberkonkurrenz geprägte Aufnahme in den Krankenhausplan ist für Krankenhäuser von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, berechtigt die Stellung als Plankrankenhaus doch zur Behandlung gesetzlich Versicherter und zur Partizipation an der Investitionsförderung der Länder. Gleichwohl ist das – kompetentiell zudem zwischen Bund und Ländern aufgespaltene – Krankenhausplanungsrecht nur bedingt rechtsdogmatisch durchdrungen und von teils inkohärenten (Einzelfall-) Entscheidungen geprägt. Dies gilt etwa für die sich oftmals bei Auswahlentscheidungen stellende Frage, ob Krankenhäusern mit umfassendem Leistungsspektrum (Vielfalt der Disziplinen oder innerhalb derselben einschließlich Notfallversorgung) Vorrang gegenüber Fachkliniken eingeräumt werden darf. Während das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 04.03.2004 (1 BvR 88/00) eine generelle Privilegierung von Krankenhäusern mit einem umfassenden Leistungsangebot weder einfach-rechtlich noch verfassungsrechtlich für zulässig erachtet hat, was oftmals als Endpunkt der Debatte betrachtet wird, erachtet das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 14.04.2011 (3 C 17/10) die Planungsbehörden im Rahmen der Entwicklung von Versorgungskonzepten

* Der Beitrag beruht auf einem Gutachten für das Ministerium für Soziales und Integration des Landes Baden-Württemberg.

ten für ermächtigt, »eher Allgemeinversorger oder eher Fachkliniken bevorzugen«. Vor diesem Hintergrund seien zunächst der einfach-gesetzliche und verfassungsrechtliche Rahmen der Krankenhausplanung entfaltet (I.) und sodann die Konkurrenz von Fach- und Allgemeinversorgern bei Auswahlentscheidungen in der Krankenhausplanung erörtert (II.; Teil 2 in Heft 3/2020).

I. Der einfach-gesetzliche und verfassungsrechtliche Rahmen der Krankenhausplanung

Die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan berechtigt gem. § 108 Nr. 2 SGB V zur Behandlung gesetzlich versicherter Patienten und zur Teilhabe an der Investitionsförderung der Länder (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KHG). Voraussetzungen und Verfahren der Planaufnahme sind angesichts zwischen Bund und Ländern aufgespaltener Gesetzgebungskompetenzen (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG)¹ einfach-gesetzlich sowohl im Krankenhausfinanzierungsgesetz des Bundes (KHG) als auch in den Krankenhausgesetzen der Länder geregelt (1.). Angesichts eines offenen Normprogramms kommt auch dem verfassungs-, namentlich grundrechtlichen Rahmen der Krankenhausplanung eine besondere Bedeutung für die Aufnahmeentscheidung zu (2.).

1. Einfach-gesetzliche Regelung der Planaufnahme

Die Verleihung des Status als Plankrankenhaus erfolgt in zwei Stufen, der Planung und ihrer Umsetzung durch Feststellungsbescheid (a). Ob ein unmittelbarer Aufnahmean-spruch oder lediglich ein Anspruch auf fehlerfreie Auswahlentscheidung besteht, hängt von der aktuellen Deckung des Bedarfs ab (b). Inhaltlich setzt die Planaufnahme zunächst das Erfüllen der Aufnahmekriterien voraus (c); bei Bewerberüberhang ist eine Auswahlentscheidung unter den nach diesen Kriterien qualifizierten Krankenhäusern zu treffen (d).

a) Zweistufige Statusverleihung: Planung und Feststellungsbescheid

Die Verleihung des Status als Plankrankenhaus² erfolgt in zwei Schritten, nämlich der Aufnahme in den – im Außenverhältnis nicht unmittelbar rechtsverbindlichen – Krankenhausplan (§ 6 KHG; §§ 4 ff. LKHG BW³)⁴ und der Feststellung der Aufnahme

1 Siehe zum kompetentiellen Rahmen nur *F. Wollenschläger/Schmidl*, *GesR* 2016, 542, 544 ff.

2 Kritisch zur staatlichen Planung *Höfling*, in: Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), *Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2007. Das Krankenhaus im Gesundheitsgewährleistungsstaat*, 2008, S. 17, 23 ff.; ferner für eine Reformperspektive *Ebsen*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), *Krankenhaus-Report 2006, 2007*, S. 117.

3 Die vorliegende Darstellung erfolgt anhand der Normen des LKHG BW.

4 Insgesamt zurückhaltend hinsichtlich des planerischen Gestaltungsspielraums *Köck*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *GVwR* II, 2. Aufl. 2012, § 37, Rn. 91: »Planerische Elemente sind in diesem Prozess in hohem Maße auf der Strecke geblieben.« Ebd., Rn. 45 ff. zu den Steuerungsmodi von Planung. Anders *C. Lafontaine*, *Saarländisches Krankenhausgesetz. Kommentar zum SKHG*, 2007, § 25 Rn. 37: »mitunter unterschätzter Planungsspielraum«.

gegenüber dem Krankenhausträger durch Bescheid (§ 8 Abs. 2 Satz 1 KHG; § 7 Abs. 1 LKHG BW); analog erfolgt die Aberkennung des Status als Plankrankenhaus. Im Krankenhausplan »wird der landesweite Versorgungsbedarf in räumlicher, fachlicher und struktureller Gliederung beschrieben (Bedarfsanalyse), werden des Weiteren die zur Bedarfsdeckung geeigneten Krankenhäuser verzeichnet (Krankenhausanalyse) und wird schließlich festgelegt, mit welchen dieser Krankenhäuser der beschriebene Bedarf gedeckt werden soll (Versorgungsentscheidung).«⁵

b) Bedarfsabhängiger Aufnahmeanspruch

Der Anspruch auf Aufnahme in den Krankenhausplan hängt davon ab, ob eine Überversorgung im fraglichen Segment besteht. Ist dies nicht der Fall, ist ein die Aufnahmekriterien erfüllendes Krankenhaus in den Krankenhausplan aufzunehmen. In einer Konkurrenzsituation hat demgegenüber eine Auswahlentscheidung gem. § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG zu erfolgen. In den Worten des Bundesverwaltungsgerichts besteht »ein Anspruch auf Planaufnahme ..., wenn das Krankenhaus zur bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung geeignet und leistungsfähig ist sowie wirtschaftlich arbeitet und wenn es bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern am besten geeignet ist, einen Versorgungsbedarf zu befriedigen. Ist keine Auswahl notwendig, weil das Versorgungsangebot der geeigneten Krankenhäuser den Versorgungsbedarf nicht übersteigt (Versorgungsunterangebot), kann die Feststellung der Planaufnahme nicht verweigert werden.«⁶

c) Die Aufnahmekriterien

Wie das Bundesverfassungsgericht schon in seinem Beschluss vom 12.06.1990 betont hat, ist im KHG »nicht ausdrücklich [festgelegt], wie ein Krankenhausplan zustande kommt und unter welchen Voraussetzungen ein Krankenhaus in den Plan aufgenommen werden muss. Die Aufstellung von Krankenhausplänen und das Planungsverfahren werden in § 6 KHG dem Landesrecht zugewiesen. Die maßgebenden Kriterien für die Aufnahmeentscheidung entnimmt das Bundesverwaltungsgericht mit überzeugender Begründung aus dem Zweck des Gesetzes, der in § 1 KHG festgelegt ist.«⁷ Er besteht nach jener Norm in der »wirtschaftliche[n] Sicherung der Krankenhäuser, um eine qualitativ hochwertige, patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, qualitativ hochwertig und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen.«

Maßgeblich sind mithin die Kriterien der Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und – seit der Neufassung des § 1 Abs. 1 KHG durch das am

5 VGH BW, Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 100/13, juris, Rn. 34 f.; ferner Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 31 f.; MedR 2014, 39, 40 f.; s.a. BVerwG, DVBl. 2018, 1621, 1625; ferner E 132, 64, 67; E 139, 309, 312. Differenziert hierzu *Lafontaine* (Fn. 4), § 22 Rn. 20 ff.

6 BVerwG, DVBl. 2018, 1621, 1624 f.; ferner E 139, 309, 313; E 132, 64, 67 f.; VGH BW, Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 100/13, juris, Rn. 36 – Hervorhebung nicht im Original; ferner Urt. v. 18.05.1988 – Az. 10 S 682/86, Umdruck, S. 10 f.; MedR 2010, 721, 726; MedR 2014, 39, 41; MedR 2016, 807, 809 f.

7 BVerfGE 82, 209, 225.

01.01.2016 in Kraft getretene Krankenhausstrukturgesetz (KHSG)⁸ – Qualität sowie Patientengerechtigkeit⁹. Bei den ersten drei Kriterien handelt es sich um gerichtlich voll überprüfbare unbestimmte Rechtsbegriffe.¹⁰ Im Folgenden seien die Aufnahmekriterien der Bedarfsgerechtigkeit (aa), Leistungsfähigkeit (bb), Wirtschaftlichkeit (cc) und Qualität (dd) näher entfaltet.

aa) Bedarfsgerechtigkeit

Bedarfsgerechtigkeit ist einem Krankenhaus dann zu attestieren, »wenn es nach seinen objektiven Gegebenheiten in der Lage ist, einem vorhandenen Bedarf gerecht zu werden«. ¹¹ Der Bedarf ist zu strukturieren, regelmäßig räumlich, fachlich und ggf. nach Versorgungsstufen.¹²

Um verfassungsrechtlich verbürgte Marktzugangschancen von Newcomern nicht unverhältnismäßig zu beschneiden, geht die Rechtsprechung zu Recht davon aus, dass die Bedarfsgerechtigkeit abstrakt nach der Eignung zur Bedarfsdeckung und nicht konkret nach bestehenden Versorgungslücken zu bestimmen ist. Bedarfsgerecht ist ein Krankenhaus demnach nicht nur dann,

wenn die von dem Krankenhaus angebotenen Betten zusätzlich notwendig sind, um den in seinem Einzugsbereich aktuell vorhandenen Bettenbedarf zu decken, sondern auch dann, wenn ein Krankenhaus neben oder an Stelle eines anderen Krankenhauses geeignet wäre, den fiktiv vorhandenen Bedarf zu decken. Diese Auslegung des Merkmals der Bedarfsgerechtigkeit wird den Aufforderungen des Art. 12 I GG gerecht (vgl. BVerfGE 82, 209 [225, 226] = NJW 1990, 2306). Nur in dieser Auslegung haben hinzutretende Krankenhäuser überhaupt eine Chance auf Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan, solange sich am Gesamtbedarf nichts ändert. Ansonsten könnte mit dem Hinweis auf die bestehenden Kapazitäten jeder Neuzugang verhindert werden. Die Bekl. des Ausgangsverfahrens und ihr folgend die Gerichte verengen das Kriterium der Bedarfsgerechtigkeit in verfassungswidriger Weise, wenn sie es auf die Frage eines derzeit ungedeckten Bettenbedarfs reduzieren und die objektive Eignung zur Bedarfsdeckung überhaupt nicht mehr prüfen.¹³

8 Krankenhausstrukturgesetz (KHSG) v. 10.12.2015, BGBl. I S. 2229.

9 Zu dieser *Dettling/Würtenberger*, in: Dettling/Gerlach (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, § 1 KHG Rn. 75 ff.

10 BVerfG (K), NJW 2004, 1648, 1649; BVerwGE 62, 86, 100 ff.; E 72, 38, 50 f.; BVerwG, Urt. v. 14.11.1985 – Az. 3 C 41/84, juris, Rn. 44 f.; NJW 1987, 2318, 2319 f.; VGH BW, MedR 2000, 139, 140 f.; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 100/13, juris, Rn. 36; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 33; *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 513. A.A. *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht, 2006, S. 106 ff.

11 BVerfG (K), NJW 2004, 1648, 1649; ferner BVerwG, NJW 1987, 2318, 2320.

12 Siehe nur BVerwG, NVwZ 2009, 525, 526; ferner OVG NRW, Urt. v. 19.08.2015 – Az. 13 A 1725/14, juris, Rn. 96 ff.

13 BVerfG (K), NJW 2004, 1648, 1649; ferner (K), NVwZ 2009, 977, 978; BVerwG, NJW 1987, 2318, 2320; E 139, 309, 318; VGH BW, MedR 2000, 139, 141; NVwZ-RR 2002, 504, 505 f. A.A. noch BayVGH, Beschl. v. 01.08.2002 – Az. 21 CE 02 950, juris, Rn. 31; VG Minden, Urt. v. 17.10.2001 – Az. 3 K 620/99, juris, Rn. 57 ff.

bb) Leistungsfähigkeit

Als leistungsfähig erweist sich ein Krankenhaus, »wenn sein Angebot die Anforderungen erfüllt, die nach dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft an ein Krankenhaus der betreffenden Art zu stellen sind. Bei einem Fachkrankenhaus soll es vor allem auf die Zahl der hauptberuflich oder anderweitig beschäftigten Fachärzte und Fachkräfte im Verhältnis zur Bettenzahl ankommen. Darüber hinaus ist bedeutsam, ob die nach medizinischen Erkenntnissen erforderliche personelle, räumliche und medizinische Ausstattung vorhanden ist.«¹⁴ Strengere Anforderungen ist das Bundesverfassungsgericht entgegengetreten: »Für die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser sind weitergehende Anforderungen an die Leistungsfähigkeit weder geeignet noch erforderlich. Sie würden deshalb dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widersprechen. Gesundheitspolitische Fernziele, die den allgemeinen Standard der Krankenhausversorgung weit übersteigen, können – so sinnvoll sie sein mögen – nicht mit Hilfe zwingender Mindestvoraussetzungen für die Aufnahme in den Krankenhausplan nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz durchgesetzt werden. Für ihre Regelung fehlte es schon an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 Nr. 19a GG).«¹⁵

cc) Wirtschaftlichkeit/Kostengünstigkeit

Das Kriterium der Kostengünstigkeit stellt auf die Wirtschaftlichkeit des Krankenhausbetriebs ab,¹⁶ wobei es weitgehend als nur auf zweiter Stufe relevantes Vergleichsmerkmal verstanden wird¹⁷.

14 BVerfGE 82, 209, 226; ferner VGHW, Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 100/13, juris, Rn. 40; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 37; OVG Bautzen, Urt. v. 21.06.2018 – Az. 5 A 684/17, juris, Rn. 39.

15 BVerfGE 82, 209, 232; ferner BVerwG, NJW 1987, 2318, 2321; BayVGHW, Urt. v. 27.10.2010 – Az. 21 BV 08.2751, juris, Rn. 35; VGHW, Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 100/13, juris, Rn. 40; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 37. Zur Maßgeblichkeit der **dauerhaften** Leistungsfähigkeit BVerwG, NJW 1993, 3008, 3008 f.; VGHW, Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 100/13, juris, Rn. 40; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 37; OVG Bautzen, Urt. v. 21.06.2018 – Az. 5 A 684/17, juris, Rn. 39; *Dettling/Würtenberger*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 233. Zur Abhängigkeit der Leistungsfähigkeit von der **Versorgungsstufe**, weshalb auf unterer Ebene ein weniger leistungsfähiges Krankenhaus vorzuziehen sein kann BVerwG, Urt. v. 14.11.1985 – Az. 3 C 41/84, juris, Rn. 62 f.; *Dettling/Würtenberger*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 232. Zur Relevanz von **Konzepten** OVG Bautzen, Urt. v. 21.06.2018 – Az. 5 A 684/17, juris, Rn. 40 ff. (auch Hinweis auf höhere Nachweislast); VGHW, MedR 2000, 139, 141; MedR 2013, 800, 801; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 100/13, juris, Rn. 41 ff.; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 38 ff.; VG Ansbach, Urt. v. 17.09.2009 – Az. AN 16 K 08.01438, juris, Rn. 39 ff.; *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, § 4, Rn. 83; *Würtenberger/Altschwager/Gerhard*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 23a.

16 *F. Wollenschläger* (Fn. 10), S. 513. Zu Krankenhäusern mit gehobenen Hotelstandards VGHW, MedR 2013, 800, 803.

17 Für das Bundesverfassungsgericht (E 82, 209, 227) ist die Wirtschaftlichkeit »ein reines Vergleichsmerkmal. Sie gewinnt erst Bedeutung, wenn mehrere bedarfsgerechte und leistungsfähige Krankenhäuser in Betracht kommen, die insgesamt ein Überangebot erzeugen würden, so daß die für die Aufnahmeentscheidung zuständige Behörde eine Auswahl treffen muß. Nach

dd) Qualität

Das am 01.01.2016 in Kraft getretene Krankenhausstrukturgesetz (KHSG) hat die Qualität als weiteres Kriterium für die Krankenhausplanung eingeführt.¹⁸ § 6 Abs. 1a KHG bestimmt:

¹Die Empfehlungen des Gemeinsamen Bundesausschusses zu den planungsrelevanten Qualitätsindikatoren gem. § 136c Abs. 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch sind Bestandteil des Krankenhausplans. ²Durch Landesrecht kann die Geltung der planungsrelevanten Qualitätsindikatoren ganz oder teilweise ausgeschlossen oder eingeschränkt werden und können weitere Qualitätsanforderungen zum Gegenstand der Krankenhausplanung gemacht werden.

Hieran knüpft § 8 KHG für die Aufnahmeentscheidung an:

(1a) Krankenhäuser, die bei den für sie maßgeblichen planungsrelevanten Qualitätsindikatoren nach § 6 Abs. 1a auf der Grundlage der vom Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 136c Abs. 2 Satz 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch übermittelten Maßstäbe und Bewertungskriterien oder den im jeweiligen Landesrecht vorgesehenen Qualitätsvorgaben nicht nur vorübergehend eine in einem erheblichen Maß unzureichende Qualität aufweisen, dürfen insoweit ganz oder teilweise nicht in den Krankenhausplan aufgenommen werden. Die Auswertungsergebnisse nach § 136c Abs. 2 Satz 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch sind zu berücksichtigen.

(1b) Plankrankenhäuser, die nach den in Abs. 1a Satz 1 genannten Vorgaben nicht nur vorübergehend eine in einem erheblichen Maß unzureichende Qualität aufweisen oder für die in höchstens drei aufeinanderfolgenden Jahren Qualitätsabschläge nach § 5 Abs. 3a des Krankenhausentgeltgesetzes erhoben wurden, sind insoweit durch Aufhebung des Feststellungsbescheides ganz oder teilweise aus dem Krankenhausplan herauszunehmen; Abs. 1a Satz 2 gilt entsprechend.

(1c) Soweit die Empfehlungen des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 6 Abs. 1a Satz 2 nicht Bestandteil des Krankenhausplans geworden sind, gelten die Abs. 1a und 1b nur für die im Landesrecht vorgesehenen Qualitätsvorgaben.

§ 8 Abs. 2 Satz 2 KHG soll es dann darauf ankommen, welches Krankenhaus ›unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhausträger‹ den Zielen der Krankenhausplanung des Landes am besten gerecht wird. Hier ist also nicht der Mindeststandard ausschlaggebend, sondern ein Vergleich aller zur Auswahl anstehenden Krankenhäuser. In diesem Zusammenhang gewinnt Bedeutung, welches Krankenhaus am kostengünstigsten arbeitet. Ein solcher Kostenvergleich mag im Einzelfall schwierig sein, ist aber mit hinreichender Genauigkeit durchführbar und durch gesetzliche Vorgaben kaum näher bestimmbar.« Ebenso BVerwG, Beschl. v. 20.12.1996 – Az. 3 B 42/96, juris, Rn. 11 (grds.); BayVGH, DVBl. 1996, 816, 817 f.; OVG Bautzen, Urt. v. 21.06.2018 – Az. 5 A 684/17, juris, Rn. 49; OVG Lüneburg, NZS 2011, 859, 863; VGH BW, Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 57; *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26, Rn. 634; *Szabados*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1 KHG Rn. 13; *ders.*, Krankenhäuser als Leistungserbringer, 2009, S. 98. Etwas relativierend noch OVG Bautzen, BeckRS 2013, 54105, Rn. 44 (vor allem für Auswahlentscheidung von Bedeutung). Anders BayVGH, Urt. v. 27.10.2010 – Az. 21 BV 08.2751, juris, Rn. 28; OVG Lüneburg, Beschl. v. 02.07.2015 – Az. 13 LA 10/15, juris, Rn. 7; OVG NRW, GesR 2009, 320, 320.

18 Im Einzelnen *Ternick*, NZS 2017, 770; *F. Wollenschläger/Schmidl*, GesR 2016, 542.

Einige Länder, so Baden-Württemberg (§ 4 Abs. 1 Satz 4 und 5 LKHG BW) oder Bayern (Art. 4 Abs. 1 Satz 3 BayKrG), haben von der Ausschlussmöglichkeit des § 6 Abs. 1a Satz 2 KHG Gebrauch gemacht.

d) Parameter der Auswahlentscheidung

Sind mehr Krankenhäuser (abstrakt) bedarfsgerecht als konkret Bedarf besteht, liegt mithin ein Überangebot vor, bedarf es im Rahmen der Versorgungsentscheidung einer Auswahl der in den Krankenhausplan aufzunehmenden Krankenhäuser. § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG bestimmt hinsichtlich der Auswahlentscheidung: »Bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern entscheidet die zuständige Landesbehörde unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhausträger nach pflichtgemäßem Ermessen, welches Krankenhaus den Zielen der Krankenhausplanung des Landes am besten gerecht wird; die Vielfalt der Krankenhausträger ist nur dann zu berücksichtigen, wenn die Qualität der erbrachten Leistungen der Einrichtungen gleichwertig ist.«

Demnach sind zunächst die drei respektive mittlerweile vier Planaufnahmekriterien zu prüfen, mithin die Bedarfsgerechtigkeit, die Leistungsfähigkeit, die Wirtschaftlichkeit¹⁹ und die Qualität²⁰ (dazu aa). Explizit gesetzlich vorgegeben als Auswahlkriterium ist des Weiteren die Trägervielfalt (§ 8 Abs. 2 Satz 2 KHG; dazu cc).²¹ Dementsprechend formuliert der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.02.2007:

Das bedeutet, dass bei der Auswahlentscheidung die nach § 6 Abs. 1 KHG für die Krankenhausplanung maßgeblichen Ziele der Bedarfsgerechtigkeit, der Leistungsfähigkeit, der Wirtschaftlichkeit und der Trägervielfalt sämtlich in den Blick zu nehmen und angemessen zu berücksichtigen sind.²²

Im Rahmen der Auswahlentscheidung relevant sind überdies – was sich auch unter das Kriterium der Bedarfsgerechtigkeit subsumieren lässt – die auf Landesebene formulierten Planungsziele (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG; bb).²³ Maßgeblich für die Auswahlentscheidung sind stets die Verhältnisse im Einzelfall.²⁴ Der Auswahlspielraum (zu

19 Zur fortbestehenden Relevanz auch im DRG-System BVerfG (K), NJW 2004, 1648, 1649; näher *Bold/Sieper*, Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg, 2012, § 5 Rn. 7 f.; ferner *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 238 f.; *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 26, Rn. 634.

20 *Würtenberger/Altschwager/Gerhard*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 49.

21 *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 606.

22 BVerwG, Beschl. v. 12.02.2007 – Az. 3 B 77/06, juris, Rn. 5. Vgl. auch E 62, 86, 105; VGH BW, MedR 2014, 39, 43; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 55 – ergänzt um eine Betonung der Leistungsfähigkeit (»Dabei ist insbesondere die erforderliche Leistungsfähigkeit eines Krankenhauses abhängig von der Art der Versorgung, der das Krankenhaus dienen soll, in den Blick zu nehmen«); VG Stuttgart, Urt. v. 05.06.2014 – Az. 4 K 2856/13, Umdruck, S. 25.

23 *Möller*, VSSR 2007, 263, 280 f.

24 *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 607.

diesem noch dd) umfasst die Vorgabe der Auswahlkriterien, deren Gewichtung²⁵ und die abschließende Bewertung.²⁶ Das Bundesverwaltungsgericht verlangt, dass die Planungsziele »sämtlich in den Blick zu nehmen und angemessen zu berücksichtigen sind.«²⁷ Die Kriterien müssen einen Versorgungsbezug aufweisen.²⁸ Zu prüfen ist auch die Möglichkeit einer anteiligen Aufnahme.²⁹ Selbiges gilt im Kontext von Bettenkürzungen.³⁰

aa) Planaufnahmekriterien

Die Planaufnahmekriterien erfahren als Auswahlkriterien insofern eine Modifikation, als es wegen des notwendigen Vergleichs auf ein jeweils besseres Erfüllen ankommt (»Bestenauswahl unter grundsätzlich Qualifizierten«³¹).³²

- 25 Hierzu speziell OVG NRW, Beschl. v. 25.01.2008 – Az. 13 A 2932/07, juris, Rn. 13: »Die Gewichtung von ermessensrelevanten Umständen gehört zum Kernbereich der Bestenauswahl und ist nur dann gerichtlich zu beanstanden, wenn sie willkürlich oder außerhalb jeglichen vertretbaren Rechtsempfindens liegt«; VG Düsseldorf, Urt. v. 21.09.2015 – Az. 21 L 1470/15, juris, Rn. 45; *Rehborn/Thomae*, in: Ratzel/Luxenburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, 30. Kap., Rn. 113; *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn (Fn. 15), § 4, Rn. 98; *ders./Hermanns*, DVBl. 2011, 599, 602; *dies.*, NZS 2015, 881, 886 f.; *Thomae* (Fn. 10), S. 99. Strenger *Württemberg/Altschwager/Gerhard*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 49: Gleichrang.
- 26 *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 606.
- 27 BVerwG, Beschl. v. 12.02.2007 – Az. 3 B 77/06, juris, Rn. 5. So wohl auch *Burgi*, in: Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Düsseldorf Krankenhausrechtstag 2019, 2020, i.E., S. 11.
- 28 Vgl. BVerwGE 62, 86, 103: »So hat das Berufungsgericht gemeint, die Einbeziehung der in der Universitätsklinik erst geplant gewesenen Betten in den Krankenhausbedarfsplan sei schon deshalb gerechtfertigt gewesen, um die praktische Ausbildung der dortigen Ärzte zu gewährleisten. Es mag zutreffen, daß die Einrichtung dieser Betten zu Ausbildungszwecken geboten war. Dieser Gesichtspunkt besagt aber noch nicht, daß diese Betten für die Versorgung der Bevölkerung bedarfsgerechter gewesen sind als die Betten in dem Krankenhaus des Klägers.«
- 29 BVerwGE 72, 38, 54 f.; Urt. v. 14.11.1985 – Az. 3 C 41/84, juris, Rn. 52. S.a. VG Düsseldorf, Urt. v. 01.07.2016 – Az. 21 K 2483/14, juris, Rn. 152; *Rehborn/Thomae*, in: Ratzel/Luxenburger (Fn. 25), Rn. 111; *Thomae* (Fn. 10), S. 98. Vgl. aber auch OVG B-B, Urt. v. 05.10.2017 – Az. OVG 5 B 6.17, juris, Rn. 47; ferner zur Zulässigkeit einer Schließung einer schlecht ausgelasteten kleinen Abteilung (statt einer linearen Reduktion) OVG NRW, Urt. v. 03.09.1998 – Az. 13 A 520/97, Instanzgerichte VerwR, Rn. 27 – für ein Gegenbeispiel VG Meiningen, Urt. v. 25.06.2013 – Az. 2 K 251/11 Me, juris, Rn. 45; *Württemberg/Altschwager/Gerhard*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 49.
- 30 *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 26, Rn. 640; streng insoweit *Steiner*, DVBl. 1979, 865, 871 f.
- 31 So OVG NRW, Beschl. v. 25.01.2008 – Az. 13 A 2932/07, juris, Rn. 22.
- 32 VG Chemnitz, Urt. v. 06.12.2016 – Az. 6 K 110/12, juris, Rn. 92; VG Schleswig, Urt. v. 06.09.2016 – Az. 1 A 5/15, juris, Rn. 93; *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 605 f.; *Stollmann/Hermanns*, NZS 2017, 851, 857; *Vitkas*, MedR 2010, 539, 545; *Württemberg/Altschwager/Gerhard*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 49.

(1) Leistungsfähigkeit, Qualität und Wirtschaftlichkeit

Für die Kriterien der Leistungsfähigkeit und Qualität bedeutet dies, dass ein Mehr an Leistungsfähigkeit (und nunmehr Qualität³³) eines Krankenhauses zu berücksichtigen ist.³⁴ Ausgangspunkt ist die jeweilige Definition der Planaufnahmekriterien. Auch die Wirtschaftlichkeit ist Vergleichsmerkmal [siehe oben, I.1.c)cc)].

Einschränkend könnte man den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.02.2007 hinsichtlich der Leistungsfähigkeit verstehen:

Das bedeutet, dass bei der Auswahlentscheidung die nach § 6 Abs. 1 KHG für die Krankenhausplanung maßgeblichen Ziele der Bedarfsgerechtigkeit, der Leistungsfähigkeit, der Wirtschaftlichkeit und der Trägervielfalt sämtlich in den Blick zu nehmen und angemessen zu berücksichtigen sind. Dabei ist insbesondere die erforderliche Leistungsfähigkeit eines Krankenhauses abhängig von der Art der Versorgung, der das Krankenhaus dienen soll. Dies hat der Senat gerade für das Verhältnis von Belegkrankenhäusern zu öffentlichen Krankenhäusern ausgesprochen ... Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, die Leistungsfähigkeit von Spezialkliniken könne sich nur danach richten, welche Ausstattung nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft für Krankenhäuser auf dem entsprechenden Spezialgebiet geboten sei ... Es hat hinzugefügt, weitergehende Anforderungen würden dem Ziel des Krankenhausfinanzierungsgesetzes widersprechen. Sie hätten zur Folge, dass unnötige Investitionen erforderlich und die Kosten dadurch gesteigert würden.³⁵

Gegen ein restriktives Verständnis im Sinne einer Unvergleichbarkeit der Leistungsfähigkeit unterschiedlicher Versorgungsangebote spricht jedoch, dass eine auflösungsbedürftige Konkurrenz um denselben Bedarf besteht und § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG die Maßgeblichkeit einer relativ besseren Zielerfüllung vorgibt. Überdies bezieht sich die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lediglich auf »Mindestvoraussetzungen für die Aufnahme in den Krankenhausplan.«³⁶ Selbst wenn man dies anders

33 S.a. VGH BW, Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 58; *Obermüller*, GuSP 2016, 26, 27 f.; *Dettling/Würtenberger*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 131; *Roters*, in: Kasselers Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 136c SGB V, Rn. 14 (Stand: 92. Erg.Lfg. Dezember 2016).

34 VG Chemnitz, Urt. v. 06.12.2016 – Az. 6 K 110/12, juris, Rn. 92; VG Schleswig, Urt. v. 06.09.2016 – Az. 1 A 5/15, juris, Rn. 93; *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 605 f., 607; *Stollmann/Hermanns*, NZS 2017, 851, 857; *Würtenberger/Altschwager/Gerhard*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 49; ferner *Rehborn/Thomae* (Fn. 25), Rn. 112. A.A. wohl *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 26, Rn. 638: »Für eine weitergehende Beurteilung der ›Qualität der erbrachten Leistungen der Einrichtungen‹ und ihrer Frage der ›Gleichwertigkeit‹ fehlt es der Planungsbehörde an der notwendigen Sach- und Fachkompetenz. Die Prüfungsbefugnis der Behörde ist auf die ›Eignung‹ des Krankenhauses nach Maßgabe der vier Qualifikationsmerkmale des § 1 I KHG beschränkt und hat sich im Rahmen des § 8 II 2 KHG ausschließlich darauf zu erstrecken, welches Krankenhaus den Zielen der Krankenhausplanung des Landes am besten gerecht wird. Weitergehende Anforderungen im Rahmen der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen, verletzen sowohl das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Artikel 12 I GG wie den Gleichheitssatz in Artikel 3 I GG.« – anders dann aber ebd., Rn. 640, wonach »[e]ine bessere sächliche Ausstattung, entsprechende Zertifizierungen« – und damit eine höhere Leistungsfähigkeit bzw. Qualität i.R.d. Auswahlentscheidung berücksichtigt werden können. Vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 12.09.2019 – Az. 13 LB 354/18, juris, Rn. 84 ff.

35 BVerwG, Beschl. v. 12.02.2007 – Az. 3 B 77/06, juris, Rn. 5.

36 BVerfGE 82, 209, 232.

sähe, wäre nicht ausgeschlossen, die mit einem umfassenden Angebot einhergehenden Vorteile anderweitig, namentlich als Aspekt der durch die Zielplanung gesteuerten Bedarfsgerechtigkeit, zu berücksichtigen.³⁷

(2) Bedarfsgerechtigkeit

Die Relevanz der Bedarfsgerechtigkeit für die Auswahlentscheidung konkretisiert das VG Minden in seinem Urteil vom 15.06.2005 – indes noch unter Bezugnahme auf die ursprüngliche und zwischenzeitlich aufgegebene relativierende Auslegung der Bedarfsgerechtigkeit durch das BVerwG³⁸ – wie folgt:

Unter diesen objektiv geeigneten Krankenhäusern kann dann eine Rangfolge nach dem Grad ihrer Geeignetheit bestimmt werden. Für diese Rangfolge kommt es entscheidend darauf an, nach welchen Gesichtspunkten die Bedarfsgerechtigkeit eines Krankenhauses zu beurteilen ist. Insoweit werden im Wesentlichen vier Kriterien von Bedeutung sein, und zwar der Bedarf an Krankenhausbetten, der in dem zu versorgenden räumlichen Bereich (»Einzugsbereich«) besteht, das Verhältnis, das in dem betreffenden Gebiet zwischen dem Bedarf an Krankenhausbetten in den einzelnen Fachrichtungen und Versorgungsstufen und dem Bettenangebot der zur Deckung des Bedarfs zur Verfügung stehenden Krankenhäuser besteht, die räumliche Lage der betreffenden Krankenhäuser im Hinblick auf den räumlichen Bereich, in dem ein Bettenbedarf besteht, und der Benutzungsgrad dieser Krankenhäuser. Darüber hinaus können je nach den Besonderheiten des Einzelfalls auch noch sonstige Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein. Ein hoher Benutzungsgrad eines Krankenhauses ist dabei ein wichtiges Indiz für dessen Bedarfsgerechtigkeit.³⁹

Auch im jüngeren Schrifttum findet sich diese Konkretisierung.⁴⁰ Sie erscheint wegen der zwischenzeitlichen, erwähnten Modifikation der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur noch bedingt maßgeblich. So ist der absolute Bedarf an Betten kein (relatives) Auswahlkriterium, ebenso das Verhältnis von Bedarf und Angebot, wohl aber die beiden weiteren Kriterien [räumliche Lage und Benutzungsgrad; dazu (a) und (b)]. Überdies lässt sich hier die Krankenhauszielplanung integrieren (c).

(a) Räumliche Lage

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine – nicht weiter spezifizierte – günstigere räumliche Lage berücksichtigungsfähig.⁴¹ Auch in zwei Urteilen des VGH Baden-Württemberg ist angeklungen, dass bei Auswahlentscheidungen raum-

37 Vgl. BVerfGE 82, 209, 234: »Die ganz andere Frage, ob für eine entsprechende Spezialklinik in dem Versorgungsbereich überhaupt ein Bedürfnis besteht, hat bei der Frage der Leistungsfähigkeit außer Betracht zu bleiben.«

38 Siehe insoweit BVerwGE 62, 86, 104 ff.

39 VG Minden, Urt. v. 15.06.2005 – Az. 3 K 7219/03, juris, Rn. 37; ferner Urt. v. 15.06.2005 – Az. 3 K 7333/03, juris, Rn. 39; VG Sigmaringen, Urt. v. 20.11.2001 – Az. 9 K 155/00, juris, Rn. 32.

40 *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 607; *Möller*, VSSR 2007, 263, 282 f.

41 BVerwGE 62, 86, 105 f.: »Wenn der Bettenbedarf jedoch geringer als das Bettenangebot ist, so wird zu untersuchen sein, welche Krankenhäuser nach ihrer räumlichen Lage am besten geeignet sind, dem Bettenbedarf gerecht zu werden.« S.a. (Erreichbarkeit) *Würtenberger/Altswager/Gerhard*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 6 KHG Rn. 30a.

bezogene Aspekte berücksichtigt werden können, so die Planungsziele wohnortnahe Versorgung⁴² und Erreichbarkeit innerhalb einer bestimmten Zeit^{43,44}. Nach dem Urteil des VG Freiburg vom 20.02.2002 kann schließlich einem ortsnahen, weniger leistungsfähigen Grundversorger Vorrang eingeräumt werden.⁴⁵

(b) Belegungsgrad

Zu berücksichtigen ist auch der Belegungsgrad: So stellt »ein hoher Benutzungsgrad ein wichtiges Indiz für die Bedarfsgerechtigkeit des Krankenhauses [dar]. Das bedeutet zugleich, dass ein solches Krankenhaus insoweit in hohem Maße den Zielen der Krankenhausbedarfsplanung des Landes gerecht wird.«⁴⁶ Nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts soll dies nur bei »einer vergleichbar günstigen räumlichen Lage« maßgeblich sein.⁴⁷ Jedenfalls verbietet es sich, Neubewerber zu benachteiligen, da diese naturgemäß keinen Benutzungsgrad aufweisen.⁴⁸

(c) Ziele der Krankenhausplanung

Über Zielvorgaben für die Krankenhausplanung lässt sich der Bedarf konkretisieren. Daher lassen sich die im Landesrecht vorgesehenen Planungsziele als (nur auf zweiter Stufe zu berücksichtigender) Aspekt der Bedarfsgerechtigkeit verstehen.⁴⁹ Demnach

42 VGH BW, MedR 2014, 39, 42. Vgl. auch VG Düsseldorf, Urt. v. 23.03.2012 – Az. 13 K 3161/11, juris, Rn. 59; Urt. v. 21.09.2015 – Az. 21 L 1470/15, juris, Rn. 40 ff.; VG Freiburg, Urt. v. 20.02.2002 – Az. 1 K 148/00, juris, Rn. 55; VG Meiningen, Urt. v. 25.06.2013 – Az. 2 K 251/11 Me, juris, Rn. 45; *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 26, Rn. 640; *Württemberg/Altschwager/Gerhard*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 49. Zur hohen Bedeutung einer wohnortnahen Versorgung *Dettling/Württemberg*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 88 f.

43 VGH BW, DVBl. 1995, 160, 162.

44 Siehe ferner OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.04.2014 – Az. 13 ME 170/13, juris, Rn. 8; OVG NRW, NVwZ 2006, 481, 482; Beschl. v. 09.02.2016 – Az. 13 B 1165/15, juris, Rn. 10 ff.; ferner – obgleich mit gegenläufigem Ergebnis – Urt. v. 25.04.1996 – Az. 13 A 6049/94, Umdruck, S. 24 f.

45 VG Freiburg, Urt. v. 20.02.2002 – Az. 1 K 148/00, juris, Rn. 54.

46 BVerwG, Urt. v. 14.11.1985 – Az. 3 C 41/84, juris, Rn. 64 f. S.a. BVerfGE 82, 209, 226; BVerwGE 62, 86, 105 f. (Zitat 106): »Angebote, die von der Bevölkerung in größerem Umfang angenommen werden, können dem bestehenden Bedarf gerechter werden als Angebote, die die Bevölkerung nur in geringem Umfang annimmt«; NJW 1986, 1561, 1561; OVG Koblenz, NVwZ-RR 1991, 573, 575; OVG Lüneburg, Urt. v. 15.12.1998 – Az. 11 L 6820/96, juris, Rn. 51; VGH BW, Urt. v. 21.03.1991 – Az. 9 S 2500/90, juris, Rn. 50; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 49; VG Sigmaringen, Urt. v. 20.11.2001 – Az. 9 K 155/00, juris, Rn. 33; *Steiner*, DVBl. 1979, 865, 870; *Vitkas*, MedR 2010, 539, 544; *Württemberg/Altschwager/Gerhard*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 49. Zur Irrelevanz des Bettennutzungsgrads auf der Ebene der Bedarfsermittlung VG Stuttgart, Urt. v. 05.06.2014 – Az. 4 K 2856/13, Umdruck, S. 21: denn »das Patientenverhalten als optimierender Einflussfaktor [darf] den Bedarf auf der ersten Entscheidungsstufe nicht bestimmen«. Zweifelnd zur Relevanz des Belegungsgrades bei Überversorgung OVG NRW, GesR 2012, 111, 113.

47 BVerwGE 62, 86, 106.

48 *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 607.

49 S.a. BVerwG, NJW 1987, 2318, 2320; *Möller*, VSSR 2007, 263, 282 f.; *Thomae* (Fn. 10), S. 109 ff.

wäre ein Krankenhaus bedarfsgerechter, wenn es die Ziele der Krankenhausplanung [zu diesen sogleich, I.1.d)bb)] besser erfüllt. Freilich lassen sich von den Ländern formulierte Ziele auch als weitere Auswahl Gesichtspunkte qualifizieren.⁵⁰

bb) Krankenhauszielplanung

§ 8 Abs. 2 Satz 2 KHG ermächtigt die Länder zu einer Krankenhauszielplanung, die die Auswahlentscheidung bei Überversorgung steuert. In seinem Urteil vom 14.04.2011 streicht das Bundesverwaltungsgericht heraus,

dass das Krankenhausfinanzierungsgesetz die Landesbehörden dazu ermächtigt, mit ihrer Krankenhausplanung zugleich gestaltende Planungsziele zu verfolgen. Hierzu dürfen und sollen sie Versorgungskonzepte entwickeln, namentlich die Anbieter der verschiedenen Versorgungsstufen in ihr Raumordnungssystem der zentralen Orte einpassen, eher Allgemeinversorger oder eher Fachkliniken bevorzugen, Versorgungsschwerpunkte bilden, Kooperationen benachbarter Kliniken fördern, auch besondere Strategien zur Steigerung der Trägervielfalt verfolgen, und anderes mehr. Die Versorgungskonzepte steuern die Auswahl unter mehreren Krankenhäusern gem. § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG, wenn eine solche notwendig wird.⁵¹

Hinsichtlich des (kompetentiellen) Spielraums für landesrechtliche Zielvorgaben ist zunächst zu berücksichtigen, dass ein solcher weit zu bestimmen ist.⁵² So erklärt § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG explizit die Ziele der Krankenhausplanung des Landes (und nicht etwa des Bundes) für maßgeblich; auch enthält § 6 Abs. 4 KHG eine allgemeine Konkretisierungsbefugnis und müssen den Ländern aus grundgesetzlicher Warte hinreichende Planungsspielräume verbleiben⁵³. Jedenfalls zulässig sind Konkretisierungen der Planungsziele des KHG.⁵⁴ Gerade die konkretisierungsbedürftige Bedarfsgerechtigkeit

50 Vgl. *Stollmann/Hermanns*, NZS 2017, 851, 857. Siehe indes für eine Engführung auf die drei Auswahlkriterien Leistungsfähigkeit, Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit (wozu zwischenzeitlich die Qualität zu addieren wäre) *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 607.

51 BVerwGE 139, 309, 315; ferner 321: Bindung der über die Aufnahme entscheidenden Behörde »hinsichtlich der Planungsziele und Planungsgrundsätze, welche die zu treffende Auswahlentscheidung leiten und steuern«. Zustimmend *Renner*, in: Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), *Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2010. Aktuelle Entwicklungen im Krankenhausrecht*, 2011, S. 75, 78 f. S.a. OVG NRW, BeckRS 2000, 166996, Rn. 8: Krankenhauszielplanung ist die »Festlegung der Rahmenvorgaben und Schwerpunkte«; ferner BVerwGE 62, 86, 97: »Darüber hinaus muß der Krankenhausbedarfsplan eine ›Versorgungsplanung‹ enthalten. Diese Versorgungsplanung ist die zusammenfassende Benennung derjenigen Krankenhäuser, mit welchen der Versorgungsbedarf befriedigt werden soll. Allein diesem Teil des Krankenhausbedarfsplans kann ein planerischer Einschlag beigemessen werden, weil in ihm eine bestimmte Zielvorstellung manifestiert wird und damit zugleich mögliche andere Zielvorstellungen verworfen werden.«

52 Allgemein zum Kompetenzrahmen *F. Wollenschläger/Schmidl*, VSSR 2014, 117, 123 ff. Siehe freilich jüngst zu kompetentiellen Grenzen der Landeskrankenhausplanung – namentlich hinsichtlich Qualitätsvorgaben – *BayVerfGH*, Urt. v. 16.07.2019 – Az. Vf. 41-IX-19, juris, Rn. 57 ff.; *HamVerfG*, Urt. v. 07.05.2019 – Az. 4/18, juris, Rn. 70 ff.

53 Dazu m.w.N. *F. Wollenschläger/Schmidl*, *GesR* 2016, 542, 544 ff.

54 *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 28; *Renner*, DVBl. 2010, 936, 943.

ermöglicht die Entwicklung von Versorgungskonzepten,⁵⁵ wie dies auch in der eben zitierten Passage des Bundesverwaltungsgerichts anklingt. Auch zeichnet der Verweis auf öffentliche Interessen in § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG ein weites Auswahlprogramm vor.⁵⁶ Eine Grenze überschritten ist bei Abweichungen von Vorgaben des KHG (oder sonstigem Bundesrecht) – einschließlich der Inanspruchnahme von Regelungsbefugnissen in bundesrechtlich abschließend geregelten Bereichen⁵⁷ –;⁵⁸ ersteres wäre etwa bei einem Außerkraftsetzen des Grundsatzes der Trägervielfalt der Fall.

Zielvorgaben sind schließlich auf ihre (Verfassungs-)Rechtskonformität zu prüfen. Zur Krankenhauszielplanung hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 25.07.1985 ausgeführt:

Bei der Krankenhauszielplanung handelt es sich um eine Maßnahme, die einen überwiegend planerischen Charakter hat. Die Planaufstellungsbehörde ist verpflichtet, unter der in § 1 Satz 2 KHG (1981) vorgeschriebenen Beachtung der Vielfalt der Krankenhausträger ein koordiniertes System bedarfsgerecht gegliederter, leistungsfähiger und wirtschaftlich arbeitender Krankenhäuser festzulegen. Es soll erreicht werden, dass sich die richtigen Krankenhäuser am richtigen Platz befinden. Im Hinblick auf diese Aufgabenstellung ist die Annahme gerechtfertigt, daß der für die Aufstellung des Krankenhausbedarfsplans zuständigen Behörde bei der Festlegung der Ziele der Krankenhausbedarfsplanung des Landes ein planerischer Gestaltungsspielraum eingeräumt ist. Hieraus folgt, daß die im Krankenhausbedarfsplan festgelegten Ziele der Krankenhausbedarfsplanung von den Gerichten nur daraufhin nachgeprüft werden können, ob sie sich im Rahmen der Gesetze und insbesondere der Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes halten und ob die unterschiedlichen öffentlichen sowie privaten Interessen der Krankenhausträger gerecht gegeneinander und untereinander abgewogen worden sind. Für diese letztere gerichtliche Kontrolle hat das Berufungsgericht zutreffend die Abwägungsgrundsätze herangezogen, die vom Bundesverwaltungsgericht für die Nachprüfung von Planungsmaßnahmen und insbesondere von Bebauungsplänen entwickelt worden sind ... Diese Abwägungsgrundsätze sind ein geeignetes Instrument, um auch die im Krankenhausbedarfsplan festgelegten Ziele der Krankenhausbedarfsplanung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen.⁵⁹

Erläuternd führt das Schrifttum aus: »Die Krankenhauszielplanung dient der Konkretisierung der Ziele, auf deren Verwirklichung der Plan gerichtet ist. Damit ist nicht bloß

55 Vgl. *Thomae* (Fn. 10), S. 109 ff. Vgl. ferner *Lafontaine* (Fn. 4), § 1 Rn. 18 ff.

56 Vgl. auch *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 609; *Reborn/Thomae*, Krankenhausplanung, Rn. 112; *Thomae* (Fn. 10), S. 98 f.

57 Siehe wiederum BayVerfGH, Urt. v. 16.07.2019, Vf. 41-IX-19, juris, Rn. 57 ff.; HamVerfG, Urt. v. 07.05.2019, 4/18, juris, Rn. 70 ff. Allgemein zu den Anforderungen an eine abschließende Bundesregelung i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG *F. Wollenschläger*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Art. 72 (Stand: 192. Erg.Lfg. August 2018), Rn. 164 ff.

58 *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach*, (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 28; *Lafontaine* (Fn. 4), Vorbemerkung Rn. 24 ff.; § 1 Rn. 10, 14 ff. – siehe aber auch § 22 Rn. 19. Vgl. auch *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 25, Rn. 85; ferner OVG Hamburg, Beschl. v. 12.02.2003 – Az. 4 Bf. 437/02, juris, Rn. 6; allgemein auch *Clemens*, in: Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Düsseldorf Krankenhausrechtstag 2015, 2016, S. 19, 25; ferner *Thomae* (Fn. 10), S. 97.

59 BVerwGE 72, 38, 47. Ebenso Urt. v. 14.11.1985 – Az. 3 C 41/84, juris, Rn. 37; OVG Lüneburg, GesR 2019, 531, 533. Vgl. auch BVerfGE 83, 363, 388.

eine Wiederholung der in § 1 KHG genannten Ziele gemeint, sondern eine Konkretisierung unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten und unter Gewichtung und Abwägung der verschiedenen gesetzlichen Ziele im konkreten Fall. Es sollen Kriterien entwickelt werden, mit denen ein koordiniertes System bedarfsgerecht gegliederter, leistungsfähiger und wirtschaftlich arbeitender Krankenhäuser geschaffen werden kann. Dabei hat die Krankenhausplanungsbehörde einen planerischen Gestaltungsspielraum. Dieser darf allerdings nicht in einer sachlich ungerechtfertigten Benachteiligung einzelner Anbieter, etwa zugunsten einer generellen breitbasigen Allgemeinversorgung, führen.«⁶⁰

cc) Trägervielfalt

Der Grundsatz der Trägervielfalt⁶¹ ist zunächst einfach-gesetzlich vorgegeben. § 1 Abs. 2 Satz 1 und 2 KHG bestimmen: »Bei der Durchführung des Gesetzes ist die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten. Dabei ist nach Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten.« § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG⁶² konkretisiert dies für die Auswahlentscheidung: »Bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern entscheidet die zuständige Landesbehörde unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhausträger nach pflichtgemäßem Ermessen, welches Krankenhaus den Zielen der Krankenhausplanung des Landes am besten gerecht wird; die Vielfalt der Krankenhausträger ist nur dann zu berücksichtigen, wenn die Qualität der erbrachten Leistungen der Einrichtungen gleichwertig ist.«

Der Grundsatz der Trägervielfalt rechtfertigt keine Privilegierung nicht öffentlicher Krankenhausträger auf der ersten Entscheidungsstufe (Mindestvoraussetzungen für die Planaufnahme). Angesichts der hinter den Planaufnahmekriterien der Leistungsfähigkeit, Bedarfsgerechtigkeit, Wirtschaftlichkeit und Qualität stehenden hochrangigen Gemeinwohlbelange⁶³ sind der Gesetzgeber, der Plangeber und der Planvollzieher nicht, auch nicht von Verfassungen wegen verpflichtet, von den Mindestanforderungen an die Planaufnahme auf erster Stufe abzusehen, um einem bislang unterrepräsentierten Träger die Planaufnahme zu ermöglichen.

Bedeutung erlangt der Grundsatz der Trägervielfalt nach dem KHG auf der zweiten Entscheidungsstufe als Auswahlkriterium. Er zielt auf eine ausgewogene Trägerstruktur,⁶⁴ was Spielräume belässt, so dass weder eine Bestandgarantie

60 *Lafontaine* (Fn. 4), § 22 Rn. 24; ferner § 23 Rn. 22; § 25 Rn. 37: »mitunter unterschätzter Planungsspielraum«.

61 Für eine grundlegende Bedeutung OVG Weimar, Urt. v. 03.11.2016 – Az. 3 KO 578/13, juris, Rn. 86; *Bold/Sieper* (Fn. 19), § 1 Rn. 37; *Rebborn/Thomae* (Fn. 25), Rn. 98.

62 Zu kompetentiellen Bedenken *Rebborn/Thomae* (Fn. 25), Rn. 6 Fn. 7.

63 S.u., II.2.b).

64 BVerfG (K), NJW 2004, 1648, 1649 f.; *Bold/Sieper* (Fn. 19), § 1 Rn. 38.

noch ein Paritätsanspruch umfasst ist⁶⁵. Sein Gewicht korreliert mit der aktuellen Verwirklichung.⁶⁶ Doch auch in diesem Kontext ist die verfassungsrechtliche Grundierung nicht überzubewerten, gerade als eigenständiger, neben dem Recht auf chancengleiche Planteilhabe stehender Grundsatz.⁶⁷ Insoweit wird eine institutionelle Existenz- und Funktionsgarantie nicht öffentlicher Krankenhausträger bejaht,⁶⁸ die freilich ausgestaltungssoffen ist. Die Kirchen können überdies Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV und Art. 4 GG in Stellung bringen.⁶⁹

Nach der (teils indes nuancierenden) Rechtsprechung kann die Behörde nach dem Grundsatz der Trägervielfalt »im Einzelfall auch gehalten sein ..., einem weniger leistungsfähigen privaten Krankenhaus den Vorzug vor einem leistungsfähigeren öffentlichen Krankenhaus zu geben.«⁷⁰ Zu Recht streicht der BayVGH immerhin heraus, dass der Grundsatz der Trägervielfalt einen Abwägungsbelang darstellt, aber keine absolute Geltung beansprucht.⁷¹ Und auch das OVG Lüneburg hat in seinem Beschluss vom 28.04.2014 relativierend ausgeführt: »Ein allgemeiner Grundsatz der Nachrangigkeit

65 *Bold/Sieper* (Fn. 19), § 1 Rn. 38; *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 251; *Lafontaine* (Fn. 4), § 3 Rn. 20 f.; *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 25, Rn. 81; *Wernick*, in: *Huster/Kaltenborn* (Fn. 15), § 20, Rn. 25. Vgl. auch *Dietz/Bofinger* (Hrsg.), *Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegesatzverordnung und Folgerecht*. Kommentar, § 1 KHG Anm. III.4. (Stand: August 2008).

66 *Bold/Sieper* (Fn. 19), § 1 Rn. 38.

67 Einen weitergehenden Gehalt ablehnend *Lafontaine* (Fn. 4), § 3 Rn. 21. Zur Fundierung im Teilhabensanspruch *Bold/Sieper* (Fn. 19), § 1 Rn. 36.

68 *Depenheuer*, *Staatliche Finanzierung und Planung im Krankenhauswesen. Eine verfassungsrechtliche Studie über die Grenzen sozialstaatlicher Ingerenz gegenüber freigemeinnützigen Krankenhäusern*, 1986, S. 162 ff. (hinsichtlich freigemeinnütziger Träger); *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 25, Rn. 78; § 26, Rn. 637; *Stollmann/Wollschläger*, in: *Laufs/Kern/Rehborn* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 2019, § 80, Rn. 1.

69 *Bold/Sieper* (Fn. 19), § 1 Rn. 36, 40; *Stollmann/Wollschläger* (Fn. 68), § 78, Rn. 6; § 80, Rn. 17 ff. Siehe allgemein auch *Depenheuer* (Fn. 68), S. 138 ff., 163.

70 So BVerwG, Urt. v. 14.11.1985 – Az. 3 C 41/84, juris, Rn. 60; ferner BayVGH, Urt. v. 27.10.2010 – Az. 21 BV 08.2751, juris, Rn. 42, 45; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.04.2014 – Az. 13 ME 170/13, juris, Rn. 8 (relativierend); VG Saarlouis, Urt. v. 12.03.2013 – Az. 2 K 611/11, juris, Rn. 85; VG Sigmaringen, Urt. v. 20.11.2001 – Az. 9 K 155/00, juris, Rn. 30: »zumindest in bestimmtem Ausmaß« (ferner Rn. 35); *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 251; *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 25, Rn. 84; *Szabados*, in: *Spickhoff* (Fn. 17), § 1 KHG Rn. 18; § 8 KHG Rn. 9, 9a; *Würtenberger/Altschwager/Gerhard*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 50; *Dietz/Bofinger* (Fn. 65), § 1 KHG Anm. III.4. (Stand: August 2008). Zurückhaltend *Wernick*, in: *Huster/Kaltenborn* (Fn. 15), § 20, Rn. 25 (weitergehend Rn. 26 mit Blick auf die Gewährleistungspflicht des Satzes 2); kritisch auch *Thomae* (Fn. 10), S. 94 f. Ablehnend *Lafontaine* (Fn. 4), § 3 Rn. 21.

71 BayVGH, Urt. v. 27.10.2010 – Az. 21 BV 08.2751, juris, Rn. 42. S.a. OVG NRW, GesR 2012, 111, 114: »Der in § 1 Abs. 2 Satz 1 und § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG formulierte Auftrag, bei der Durchführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes die Trägervielfalt zu beachten, ist zwar gleichfalls ein wichtiges öffentliches und bei der Krankenhausplanung zu berücksichtigendes Interesse, kann allerdings anderen wesentlichen Interessen nachgehen«; Beschl. v. 19.04.2013 – Az. 13 A 1206/12, Umdruck, S. 5 (»nicht zwingend in jeder Disziplin herzustellen«); VG Saarlouis, Urt. v. 12.03.2013 – Az. 2 K 611/11, juris, Rn. 85; *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 251; *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 26, Rn. 637;

öffentlicher Krankenhäuser lässt sich [aus dem Grundsatz der Trägervielfalt] jedoch nicht herleiten. Dies gilt insbesondere dann nicht, wenn das konkurrierende öffentliche Krankenhaus – wie hier – nach den unwidersprochen gebliebenen Feststellungen der Feststellungsbehörde aufgrund seines Standortes eindeutig besser geeignet ist, den bestehenden Bedarf zu decken.«⁷² Teile der Literatur beschränken diesen Grundsatz auf den Fall einer gleichen Eignung.⁷³

Eine Relativierung enthält nunmehr auch § 8 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 KHG. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus:

Im Rahmen der Krankenhausplanung haben nach § 1 Abs. 2 Satz 2 die zuständigen Landesbehörden auch die wirtschaftliche Sicherung nicht öffentlicher Krankenträger zu gewährleisten. Dies kann dazu führen, dass ein privates oder freigemeinnütziges Krankenhaus mit einer geringeren Versorgungsqualität im Rahmen der Krankenhausplanung gegenüber einem öffentlichen Krankenhaus nur deshalb bevorzugt wird, weil die Trägergruppe der freigemeinnützigen oder privaten Krankenhäuser unterrepräsentiert ist. Zur Sicherstellung der von den Ländern zukünftig zu bewirkenden Ausrichtung der Krankenhausplanung auch auf Qualitätsaspekte und Qualitätsindikatoren wird mit der Ergänzung in Abs. 2 Satz 2 festgelegt, dass die Trägervielfalt nur zu berücksichtigen ist, wenn die Qualität der Leistungen gleichwertig ist.⁷⁴

Die Beurteilung, ob der Grundsatz der Trägervielfalt gewahrt ist, muss die lokale Situation in den Blick nehmen, so dass aus ihm bei angemessener Repräsentation kein zusätzliches Argument für eine Privilegierung privater oder gemeinnütziger Träger folgt.⁷⁵

Szabados, in: Spickhoff (Fn. 17), § 1 KHG Rn. 18; *Ternick*, NZS 2017, 770, 776 f.; *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn (Fn. 15), § 20, Rn. 25. Strenger *Rehborn/Thomae* (Fn. 25), Rn. 109 (Vorrang bei gleicher Eignung); ferner streng beim Bettenabbau (nur subsidiär bei nicht öffentlichen Trägern) *Szabados* (Fn. 17), S. 101.

72 OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.04.2014 – Az. 13 ME 170/13, juris, Rn. 8. Vgl. auch OVG Schleswig, Urt. v. 12.05.1999 – Az. 2 L 29/98, juris, Rn. 45: »Ebensowenig kann aus diesem Grundsatz geschlossen werden, daß er mit [dem von] der Krankenhausplanung verfolgten Ziel, eine leistungsfähige Orthopädie an einem Standort zu zentrieren, von vornherein nicht vereinbar wäre.« Potentiell relativierend auch VG Frankfurt am Main, Urt. v. 23.08.2018 – Az. 10 K 2215.17, Umdruck, S. 14 ff.

73 *Lafontaine* (Fn. 4), § 3 Rn. 21.

74 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz – KHSG), BT-Drucks. 18/5372, S. 51. Siehe dazu auch VG Frankfurt am Main, Urt. v. 23.08.2018 – Az. 10 K 2215.17, Umdruck, S. 16; *Ternick*, NZS 2017, 770, 776 f.

75 BVerwGE 139, 309, 322. S.a. NJW 1987, 2318, 2321; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.04.2014 – Az. 13 ME 170/13, juris, Rn. 8 (dort auch zur Maßgeblichkeit sowohl der Krankenhaus- als auch der Bettenzahl – vgl. insoweit auch VG Saarlouis, Urt. v. 26.06.2007 – Az. 3 K 342/06, juris, Rn. 45); VG München, Urt. v. 23.07.2008 – Az. M 9 K 07.2501, juris, Rn. 29. Dem folgend VGH BW, MedR 2014, 39, 45; Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 58; *Dettling/Würtenberger*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 251; *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 26, Rn. 637; *Würtenberger/Altschwager/Gerhard*, in: Dettling/Gerlach (Fn. 9), § 8 KHG Rn. 50.

Etwas relativierend hat der VGH Mannheim in seinem Urteil vom 15.12.2009 die besondere Bedeutung der Trägervielfalt gerade bei der Verteilung zusätzlicher Kapazitäten herausgestrichen.⁷⁶ Der Grundsatz der Trägervielfalt ist auch vor dem Hintergrund von Wettbewerbsnachteilen angesichts des öffentlichen Defizitenausgleichs zu sehen, was Anlass zur Einführung des § 1 Abs. 2 Satz 2 KHG gab.⁷⁷ Teils wird in dieser Norm eine Verstärkung des Grundsatzes der Trägervielfalt im Rahmen der Auswahlentscheidung gesehen.⁷⁸ Aus ihr wird die – freilich gerade auch in ihrer Pauschalität zu weit gehende – Auffassung abgeleitet, § 1 Abs. 2 Satz 2 KHG gebiete bei gleicher Eignung einen Vorrang nicht öffentlicher Träger.⁷⁹

dd) Auswahlspielraum und prozedurale Anforderungen

Die Auswahlentscheidung ist »jedenfalls hinsichtlich der Ermessensfehler« gerichtlich überprüfbar.⁸⁰ Nach der ursprünglichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu; folglich kann

die Entscheidung der Behörde, durch die sie bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren bedarfsgerechten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhäusern die Feststellung der Aufnahme eines der betroffenen Krankenhäuser in den Krankenhausbedarfsplan abgelehnt hat, gerichtlich nur eingeschränkt überprüft werden ... Die gerichtliche Kontrolle muß sich auf die Nachprüfung beschränken, ob die zuständige Landesbehörde bei ihrer Entscheidung darüber, welches Krankenhaus den Zielen der Krankenhausbedarfsplanung des Landes am besten gerecht wird, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, ob sie einen sich sowohl im Rahmen des Gesetzes wie auch im Rahmen der Beurteilungsermächti-

76 VGH BW, MedR 2010, 721, 721 (LS 2), 725 f.; ferner BeckRS 2011, 51801.

77 BT-Drucks. 10/2565, S. 27: »Absatz 2 Satz 2 unterstreicht die besondere Bedeutung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser für die Sicherstellung einer bedarfsgerechten und bürgernahen Krankenhausversorgung. Diese können im Gegensatz zu Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft, insbesondere zu kommunalen Krankenhäusern, in aller Regel nicht auf zusätzliche Betriebs- und Investitionszuschüsse ihrer Träger zurückgreifen. Die Gesetzesänderung soll deshalb vor allem sicherstellen, daß dieser grundsätzlich gegebene strukturelle Wettbewerbsnachteil bei der Durchführung des Gesetzes Berücksichtigung findet. Die Vorschrift betrifft jedoch nicht direkt die zur Kompetenz der Länder gehörende Struktur der Krankenhausversorgung«; *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 241, 254; *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 26, Rn. 637; *Thomae* (Fn. 10), S. 95 f.

78 *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 25, Rn. 84, unendlich freilich in der Konsequenz: »Die Wechselbeziehungen zwischen Satz 1 und Satz 2 des § 1 II KHG legen deshalb – unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Vorschrift – eine Interpretation nahe, die von einer grundsätzlichen Priorität der angesprochenen Krankenhausträger ausgeht, so dass bei Auswahlentscheidungen im Rahmen der Krankenhausplanung und -finanzierung freigemeinnützige und private Krankenhausträger ihrem Grundrechtsstatus angemessen berücksichtigt werden müssen.« S.a. *Rebborn/Thomae* (Fn. 25), Rn. 109; *Wernicke*, in: *Huster/Kaltenborn* (Fn. 15), § 20, Rn. 26 (nicht weiter konkretisierte Bevorzugung). Demgegenüber jedenfalls nicht thematisiert bei *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 241, 253 ff. Vgl. i.Ü. für eine Pflicht zur besonderen Berücksichtigung freigemeinnütziger Träger aufgrund der institutionellen Garantie der Vielfalt *Depenbeuer* (Fn. 68), S. 162.

79 So aber *Rebborn/Thomae* (Fn. 25), Rn. 109; *Thomae* (Fn. 10), S. 95 ff., 120 f. Ablehnend hingegen *Lafontaine* (Fn. 4), § 3 Rn. 21.

80 BVerfG (K), NJW 2004, 1648, 1649.

gung haltenden Beurteilungsmaßstab zutreffend angewandt hat und ob für ihre Entscheidung keine sachfremden Erwägungen bestimmend gewesen sind.⁸¹

In der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist demgegenüber von einem Auswahlermessen die Rede.⁸²

Das VG Düsseldorf formuliert schließlich prozedurale Anforderungen an die Auswahlentscheidung:

Aus der Entscheidung wird hervorgehen müssen, an Hand welcher Kriterien der Beklagte die Qualität der Angebote der in Betracht kommenden Krankenhäuser beurteilt, wie er diese Kriterien gewichtet und welche krankenhauserplanerischen Ziele er mit seiner Zusammenstellung der Auswahlkriterien verfolgt. Sodann sollte transparent sein, warum das ausgewählte Krankenhaus oder die ausgewählten Krankenhäuser diese Kriterien am besten erfüllt/erfüllen.⁸³

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Den verfassungsrechtlichen Rahmen der Krankenhausplanung bildet zunächst die Verpflichtung des Staates, eine angemessene Krankenhausversorgung sicherzustellen (a). Darüber hinaus sind die Grundrechte der Krankenhausträger zu beachten (b).

a) Angemessene Krankenhausversorgung als bedeutsame Staatsaufgabe

Aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) folgt die staatliche (Schutz-)Pflicht, eine angemessene Kranken(haus)versorgung sicherzustellen.⁸⁴ Die Angemessenheit bestimmt sich namentlich nach der Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit, Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung.⁸⁵ Diesen Gemeinwohlbelangen kommt ein sehr hohes Gewicht zu: »Die bedarfsgerechte und leistungsfähige Krankenhauspflege ist ein unverzichtbarer Teil der Gesundheitsversorgung, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als besonders wichtiges Ge-

81 BVerwGE 72, 38, 52 ff. (Zitat 54); ebenso Urt. v. 14.11.1985 – Az. 3 C 41/84, juris, Rn. 47 ff.; NJW 1987, 2318, 2320 – aber auch Rede vom Ermessen; Beschl. v. 12.02.2007 – Az. 3 B 77/06, juris, Rn. 5; OVG B-B, Urt. v. 05.10.2017 – Az. OVG 5 B 6.17, juris, Rn. 30; VGH BW, Urt. v. 18.05.1988 – Az. 10 S 682/86, Umdruck, S. 11; MedR 2000, 139, 140; MedR 2014, 39, 43; VG Stuttgart, Urt. v. 05.06.2014 – Az. 4 K 2856/13, Umdruck, S. 25. In der Literatur: *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 606.

82 BVerwGE 132, 64, 65 f.; E 139, 309, 320. Ebenso VGH BW, Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 96/13, juris, Rn. 33 – siehe aber Rn. 55 (»Beurteilungsermächtigung«); Urt. v. 16.04.2015 – Az. 10 S 100/13, juris, Rn. 36.

83 VG Düsseldorf, Urt. v. 01.07.2016 – Az. 21 K 2483/14, juris, Rn. 150.

84 *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 602 – unter zusätzlichem Verweis auf den »aufgabenrechtlichen Gehalt der Kompetenzvorschrift des Art. 74 I Nr. 19a GG«; *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach* (Fn. 9), § 1 KHG Rn. 17, 26 ff., 109 ff.; *Schmitt*, Die Bedarfsplanung von Infrastrukturen als Regulierungsinstrument, 2015, S. 250 f.; *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn* (Fn. 15), § 4, Rn. 8; *ders./Wollenschläger*, in: *Laufs/Kern/Rehborn* (Fn. 68), § 79, Rn. 2 ff.; *Thomae* (Fn. 10), S. 19 f.; *F. Wollenschläger* (Fn. 10), S. 510.

85 Vgl. BVerfGE 82, 209, 230; ferner *Friedrich/Leber*, in: *Huster/Kaltenborn* (Fn. 15), § 18, Rn. 14 f.; *Stollmann/Wollenschläger*, in: *Laufs/Kern/Rehborn* (Fn. 68), § 79, Rn. 6. Aus Zielkonflikten resultierende Schranken betonend BayVGH, Beschl. v. 01.08.2002 – Az. 21 CE 02 950, juris, Rn. 19.

meinschaftsgut ansieht ... Aber auch der soziale Aspekt der Kostenbelastung im Gesundheitswesen hat erhebliches Gewicht. Er wirkt sich in erster Linie auf die gesetzliche Krankenversicherung aus, deren Stabilität nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts große Bedeutung für das Gemeinwohl hat.⁸⁶

b) Grundrechtliche Vorgaben

aa) Anspruch auf gleiche Teilhabe

Die Kriterien für die Aufnahme in den Krankenhausplan sind namentlich⁸⁷ an Art. 12 Abs. 1 (i.V.m. Art. 3 Abs. 1) GG zu messen. Die Nichtaufnahme in den Krankenhausplan steht dem von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Betrieb eines Krankenhauses nicht entgegen,⁸⁸ so dass die Berufsfreiheit nicht in ihrer abwehrrechtlichen Dimension einschlägig ist.⁸⁹ Aus der Aufnahme in den Krankenhausplan erwächst indes das Recht, Behandlungen im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung zu erbringen (§ 108 Nr. 2 SGB V) und an der Investitionskostenförderung des Landes teilzuhaben (§ 4 Nr. 1, § 8 Abs. 1 KHG). Damit kommt der Planaufnahme eine entscheidende Bedeutung für die Möglichkeit zu, sich als Krankenhaus erfolgreich am Markt zu betätigen. Daher vermittelt die Berufsfreiheit – obgleich aus ihr weder ein Anspruch (i.S.e. Leistungsrechts) auf Subventionierung⁹⁰ noch auf eine Stellung als GKV-Vertragskrankenhaus folgt – i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG einen Anspruch auf Teilhabe qua Planaufnahme.⁹¹ Im Ergebnis – obgleich in abwehrrechtlicher Terminologie – hat dies auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 12.06.1990 anerkannt und einen Eingriff aufgrund »staatlicher Planung und Subventionierung mit berufsregelnder Tendenz« angenommen:

Das Krankenhausfinanzierungsgesetz, das die Krankenhäuser wirtschaftlich sichern will (§ 1 Abs. 1 KHG), hat berufsregelnde Tendenz. Im Interesse der Kostensenkung begründet es zwar

86 Siehe nur BVerfGE 82, 209, 230; ferner *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 602 f.

87 Verfassungsrechtliche Relevanz entfalten auch, was hier nicht weiter vertieft wird, für kommunale Krankenhausträger die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG), für kirchliche Krankenhausträger das Grundrecht der freien Religionsausübung (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) und für Hochschulkliniken die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG); dazu *Bachof/Scheuing*, Krankenhausfinanzierung und Grundgesetz, 1971, S. 26 ff., insb. S. 57 ff.; *Deppenheuer* (Fn. 68), S. 104 ff.; *ders.*, in: GS. Tettinger, 2007, S. 25, 28 ff.; *Lerche/Degenhart*, in: Robert Bosch Stiftung (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, 1990, S. 11, 38 ff.; *Quaas/Zuck/Clemens/Gokel* (Fn. 17), § 25, Rn. 28 ff.; *F. Wollenschläger/Schmidl*, VSSR 2014, 117, 148 ff.

88 BVerfGE 82, 209, 223; (K), NVwZ 2004, 718, 719.

89 *F. Wollenschläger* (Fn. 10), 510 f. Vgl. auch *Steiner*, NVwZ 2009, 486, 488. Zumindest terminologisch abweichend BVerfGE 82, 209, 223 ff.; ferner *Burgi*, NZS 2005, 169, 171; *ders.*, NVwZ 2010, 601, 603.

90 BVerfGE 82, 209, 223.

91 *F. Wollenschläger* (Fn. 10), 510 f. Siehe für eine Kombination von Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG BVerfG (K), NJW 2004, 1648, 1649; ferner für ein »Recht auf gleiche Teilhabe« (ohne Erwähnung des Art. 3 Abs. 1 GG) BVerfGE 132, 64, 74 f. Allgemein auch: *F. Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 GG, Rn. 178 ff.

einerseits Ansprüche auf staatliche Investitionskostenübernahme (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 KHG), gleichzeitig beschränkt es jedoch den Kreis der geförderten Krankenhäuser im Rahmen einer Krankenhausbedarfsplanung. Nur Plankrankenhäuser haben Anspruch auf Förderung (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KHG). Krankenhäuser, die nicht in den Krankenhausplan aufgenommen sind, werden dadurch einem erheblichen Konkurrenznachteil ausgesetzt. Sie dürfen zwar ihre Investitionskosten in den Pflegesatz einrechnen, müssen aber infolgedessen ihre Dienste wesentlich teurer anbieten als Plankrankenhäuser. Über bloße Konkurrenznachteile hinaus werden sie durch § 17 Abs. 5 KHG gehindert, den Investitionskostenanteil der Pflegesätze gegenüber Sozialleistungsträgern und sonstigen öffentlichrechtlichen Kostenträgern geltend zu machen. Das wirkt sich nicht nur im Verhältnis zu diesen Kostenträgern aus. Auch die Krankenhauspatienten können nicht ohne weiteres zu höheren Pflegesätzen herangezogen werden. Das ergibt sich für Kassenpatienten aus dem Sachleistungsprinzip (§§ 27, 39 SGB V). Der Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 1 KHG kann darüber hinaus so verstanden werden, daß sogar Privatpatienten nur beschränkt in Anspruch genommen werden dürfen, wenn in das Krankenhaus auch Kassenpatienten aufgenommen werden.⁹²

Angesichts der Eingriffsintensität bestehen strenge Rechtfertigungsanforderungen an die Festlegung der Kriterien für die Planaufnahme. Denn dieser kommt mit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12.06.1990 eine hohe, nämlich einer Berufswahlregelung i.S.d. Drei-Stufen-Lehre nahekommende Grundrechtsrelevanz zu:

Der Zugang zu dem Beruf des Krankenhausbetreibers ist kein Gegenstand der Krankenhausplanung. Diese bezieht sich nur auf die Art und den Umfang der konkreten Krankenhäuser, die gefördert werden sollen. Das zeigt besonders deutlich § 9 Abs. 2 Nr. 5 KHG, wonach Krankenhausträger auf Antrag Fördermittel erhalten können, um ihre Klinik auf andere, bedarfsgerechtere Aufgaben umstellen zu können. Für den Krankenhausträger geht es also um die Ausgestaltung des Unternehmens und nicht um eine Frage der freien Berufswahl (vgl. BVerfGE 16, 147 <163 f.>). Andererseits sind die wirtschaftlichen Folgen, die dem Krankenhausträger durch die Nichtaufnahme in den Krankenhausplan entstehen, sehr einschneidend; sie können zur Schließung einer Klinik zwingen. Außerplanmäßige Krankenhäuser werden sich gegen die Konkurrenz staatlich geförderter Kliniken nur mit speziellen Angeboten und bei besonders günstiger Kostenstruktur behaupten können. Soweit sie an der Versorgung von Kassenpatienten überhaupt beteiligt werden, sind sie außerdem durch § 17 Abs. 5 KHG i.V.m. dem Sachleistungsprinzip (§§ 27, 39 SGB V) und dem Grundsatz einheitlicher Pflegesätze (§ 17 Abs. 1 Satz 1 KHG) an der Realisierung kostendeckender Preise gehindert. Ob das in dieser Allgemeinheit verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet ..., kann im vorliegenden Zusammenhang offenbleiben. Jedenfalls sind die wirtschaftlichen Belastungen so schwerwiegend, daß sie einer Beschränkung der Berufswahl nahekommen.⁹³

Hinsichtlich der Rechtfertigungslast bedeutet dies, »daß nicht schon vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls ausreichen, um den Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung zu rechtfertigen. Nur Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung wiegen so

92 BVerfGE 82, 209, 224. Vgl. auch BVerfG (K), NVwZ 2009, 977, 977.

93 BVerfGE 82, 209, 228 ff.; ferner Beschl. (K) v. 26.06.1997 – Az. 1 BvR 1190/93, juris, Rn. 4; (K), NVwZ 2004, 718, 719; (K), NJW 2004, 1648, 1648; (K), NVwZ 2009, 977, 978; VGH BW, MedR 2008, 166, 167 f. Aus der Literatur: *Thomae* (Fn. 10), S. 130. Siehe allgemein auch *F. Wollenschläger*, in: Schmidt/ders. (Hrsg.), *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl. 2020, § 2, Rn. 64.

schwer, daß sie gegenüber dem schutzwürdigen Interesse des Krankenhausträgers an ungehinderter Betätigung den Vorrang verdienen.«⁹⁴

Freilich ist zu betonen, dass die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit im Kontext der Krankenhausplanung nicht pauschal als besonders hoch angesetzt werden kann, sondern eine Differenzierung anhand der infrage stehenden Rechtsposition notwendig ist. So ist die Neuaufnahme eines Krankenhauses mit einem umfassenden Bettenangebot grundrechtsintensiver als die Streichung weniger Betten.⁹⁵

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht die Planungskriterien des § 1 Abs. 1 KHG nicht beanstandet:

Unmittelbares Ziel des Krankenhausfinanzierungsgesetzes ist die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser. Diese ist aber ihrerseits nur Mittel zum Zweck, wie § 1 Abs. 1 KHG klar zum Ausdruck bringt. Der Gesetzgeber betrachtet ein wirtschaftlich gesundes Krankenhauswesen als Voraussetzung für die bedarfsgerechte Krankenversorgung der Bevölkerung und für sozial tragbare Krankenhauskosten. Die Bedeutung dieser Gemeinwohlbelange ist außerordentlich hoch einzuschätzen. Die bedarfsgerechte und leistungsfähige Krankenhauspflge ist ein unverzichtbarer Teil der Gesundheitsversorgung, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut ansieht (vgl. zuletzt BVerfGE 78, 179 <192>; 80, 1 <24>). Aber auch der soziale Aspekt der Kostenbelastung im Gesundheitswesen hat erhebliches Gewicht. Er wirkt sich in erster Linie auf die gesetzliche Krankenversicherung aus, deren Stabilität nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts große Bedeutung für das Gemeinwohl hat (BVerfGE 70, 1 <29>).

c) Bezogen auf diese Zielsetzungen sind die gesetzgeberischen Mittel, mit denen die Krankenhausplanung angestrebt wird, insbesondere die Planzulassungsvoraussetzungen der Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Kostengünstigkeit, nicht unverhältnismäßig. Sie sind geeignet, erforderlich und auch für die Betroffenen zumutbar.

Es liegt auf der Hand, daß die staatliche Förderung und wirtschaftliche Planung des Krankenhauses erheblich erleichtert wird, wenn unnötige und leistungsschwache Krankenhäuser möglichst früh aus dem Wettbewerb ausscheiden. Während dies normalerweise durch die Marktgesetze bewirkt wird, bedarf es staatlicher Lenkungsmaßnahmen, wenn die Preise durch staatliche Fördermittel beeinflusst sind. Der Sinn dieser Förderung würde verfehlt, käme sie auch allen unnötigen und leistungsschwachen Anbietern zugute. Darüber hinaus müßte das (staatlich geförderte) Überangebot an Betten zu einer Steigerung der laufenden Betriebskosten führen. Selbst bedarfsgerechte und leistungsstarke Kliniken wären davon betroffen, weil sie weniger in Anspruch genommen würden und deshalb nicht voll ausgelastet wären. Eine Auswahl nach den Merkmalen des § 1 Abs. 1 KHG ist danach erforderlich.

Die Beschränkung der Berufsfreiheit ist für die Betroffenen auch zumutbar. Das Gesetz ist erkennbar um die Abmilderungen denkbarer Härten bemüht. Nach § 1 Abs. 2 KHG soll die Vielfalt der Krankenhausträger beachtet werden; Auflagen sollen nicht übermäßig wirken. Im äußersten Fall stehen nach § 9 Abs. 2 Nr. 5 KHG zur Erleichterung von Schließungen und Umstellungen besondere Fördermittel zur Verfügung. Sache der Verwaltung ist es, bei der Be-

94 BVerfGE 82, 209, 230; ferner Beschl. (K) v. 26.06.1997 – Az. 1 BvR 1190/93, juris, Rn. 4; (K), NJW 2004, 1648, 1648; Steiner, DVBl. 1979, 865, 871 f.; Thomae (Fn. 10), S. 131. Siehe allgemein auch F. Wollenschläger, in: Schmidt/ders. (Fn. 93), § 2, Rn. 62 ff.

95 S.a. Burgi, NVwZ 2010, 601, 606.

scheidung von Aufnahmeanträgen keine überspannten Anforderungen zu stellen, insbesondere in Grenz- und Zweifelsfällen angemessene Lösungen zu finden.⁹⁶

Analog hierzu ist auch das mit dem KHSG zum 01.01.2016 eingeführte Qualitätskriterium grundsätzlich rechtfertigungsfähig.⁹⁷

bb) Prozedurale Anforderungen

Schließlich bedarf es einer der Eingriffsintensität Rechnung tragenden Verfahrensgestaltung.⁹⁸ Ebenfalls angesichts der Eingriffsintensität ist der Gesetzgeber zu einer Beobachtung der Eignung der Regelung zur Zielerreichung und ggf. zur Anpassung des Gesetzes verpflichtet.⁹⁹

– Der Beitrag wird fortgesetzt –

96 BVerfGE 82, 209, 230 f.; ferner Beschl. (K) v. 26.06.1997 – Az. 1 BvR 1190/93, juris, Rn. 4.

97 Näher *F. Wollenschläger/Schmidl*, VSSR 2014, 117, 141 ff.

98 BVerfGE 82, 209, 227. Vgl. auch VG Düsseldorf, Urt. v. 01.07.2016 – Az. 21 K 2483/14, juris, Rn. 150 [dazu oben I.1.d)dd)].

99 BVerfG (K), Beschl. v. 26.06.1997 – Az. 1 BvR 1190/93, juris, Rn. 4.

Ghettorentenrechtsprechung – Eine Einführung zu den nachfolgenden Beiträgen

von Karl-Jürgen Bieback

Übersicht

- | | |
|--|---|
| I. Vorverständnisse und systematische Einordnung | III. Konkretisierungsprozesse auf der Ebene der Tatsachenfeststellung |
| II. Zusammenspiel von zeitgebundenem Sachverhalt und abstrakter Norm | IV. Sachgerechtigkeit |

Die folgenden Beiträge sind – bis auf den Beitrag von *Reuter* – die schriftlichen Fassungen von Referaten, die auf einer Tagung der Forschungsstelle für Sozialrecht und Sozialpolitik an der Universität Hamburg im Juni 2019 gehalten worden sind. Ob Personen in den Ghettos Anwartschaften in der Gesetzlichen Rentenversicherung erworben hatten, beschäftigte die Praxis der Rentenversicherungsträger in weit mehr als 100.000 Fällen (*Tiemann*)¹ und ihr folgend die Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit seit den 60er und 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts. Ausgangspunkt waren die Ghettos in den polnischen Gebieten, die dem deutschen Reich und damit auch dem Geltungsbereich der RVO eingegliedert waren. Hier gab es 1997 eine erste »Wende« des BSG, das für das Ghetto Lodz von der früheren Rechtsprechung abrückte, alle Arbeit in Ghettos sei Zwangsarbeit und deshalb nicht arbeits- und sozialversicherungsrechtlich, sondern entschädigungsrechtlich einzuordnen.² Basis dieses Urteils war eine genauere, differenziertere Analyse des umfassenden Zwangszusammenhangs jeglicher Arbeit in der NS-Zeit, die zu einer ebenfalls differenzierten dogmatischen Anwendung des Begriffs der versicherungspflichtigen Beschäftigung und des Begriffsmerkmals der »Freiwilligkeit« führte. In den folgenden Jahren beseitigte das Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigung in einem Ghetto (ZRBG) von 2002³ einige der großen Hindernisse (zu ihm: *Knickrehm* und *Tiemann*). Es war aber in der Umsetzung sehr umstritten, bis das BSG mit einer weiteren »Wende« 2009⁴ den Weg für eine offene, an die jeweiligen

1 Weitere Zahlen auch bei BT-Drucks. 16/1955.

2 SG Hamburg v. 21.07.1995 – 20 J 1202/94; BSG 18.06.1997 – 5 RJ 66/95, BSGE 80, 250. Dem ging eine Tagung in Hamburg voraus. Zu ihr: *Fuchsloch/Niewald*, NS-Zwangsarbeit im Rentenversicherungsrecht, Expertentagung der Forschungsstelle für Sozialrecht und Sozialpolitik, Universität Hamburg, am 18.04.1997, Die Sozialgerichtsbarkeit 1997, S. 444 f. und *Pawlita*, Rentenversicherungsrechtliche Aspekte verfolgungsbedingter Zwangsarbeit im Nationalsozialismus, Zeitschrift für Sozialreform 1998, S. 1 ff.

3 BGBl. 2002 I, S. 2074. Zu den Hindernissen seiner Umsetzung *Reuter*, Ghettorenten – Eine rechtsmethodische und -historische Untersuchung zum Umgang mit nationalsozialistischem Unrecht in der Sozialversicherung, 2019, S. 98 ff., 192 ff.; *Kübl*, NZS 2019, 570/71.

4 BSG, 02.06.2009 – B 13 R 81/08 R – BSGE 103, 190 und BSG, 03.06.2009 – B 5 R 26/08 R – BSGE 103, 220. Zur »Wende« *Röhl*, SGB 2009, 464. Zum Ganzen *Reuter* (Fn. 3), S. 113–211; *Knickrehm/Bergner/Meckel/Kallmayer*, SGB 2018, 657, 662 ff. sowie *Pletscher*, SGB 2011, 429.

besonderen Verhältnisse wie die systematische und funktionale Einordnung des ZRBG angepasste Auslegung fand.

Außer dass die Anwendung des ZRBG weiterhin die Sozialgerichtsbarkeit beschäftigt (*Knickrehm* Ghettoantenrechtsprechung des BSG..., *Kaiser und Reuter*), eröffnet die Auseinandersetzung um die »Ghetto-Renten« und die hier versammelten Beiträge vielfältige Einsichten in die allgemeine und speziell sozialrechtliche Rechtsanwendung, von denen die wichtigsten benannt seien.

I. Vorverständnisse und systematische Einordnung

In ihrem ersten Beitrag »Ghettoanten...« benennt *Knickrehm* die zentralen Probleme, arbeitet den Unterschied zwischen Sozialversicherungs-/Rentenversicherungsrecht und Entschädigungs-/Wiedergutmachungsrecht heraus und ordnet die Renten für Arbeit im Ghetto genau im Überschneidungsbereich beider Systeme ein. Sie zählt die zahlreichen Lücken auf, die das ZRBG hinterließ und die bisher vor allem die Rechtsprechung abarbeiten und schließen musste.

Mit der Einordnung zwischen Sozialversicherungsrecht und Entschädigungsrecht und den vielen Ungenauigkeiten und Lücken im ZRBG gewannen Praxis und Rechtsprechung große Spielräume in der Verwendung des Topos System in der Auslegung wie auch darin, welches Vorverständnis sie darüber entwickelten, ob, wie und wie stark das Sozialversicherungsrecht entschädigungsrechtlich überformt wurde.

So betont *Tiemann* in seinem Beitrag, dass sich die Verwaltungspraxis der Rentenversicherungsträger (RV) an der klassischen renten- und sozialversicherungsrechtlichen Begrifflichkeit orientierte, von der ja auch die höchstrichterliche Rechtsprechung trotz ZRBG und vor der BSG Entscheidung 2009 ausging. Die Methodenfragen werden sehr intensiv von *Knickrehm* (Ghettoantenrechtsprechung des BSG) und *Reuter* analysiert. Beide betonen die Relevanz der klassischen Auslegungsregeln und lehnen eine vorschnelle Annahme von Lücken in Bezug auf ein aktuelles Problem gerade des Verwaltungsrechts ab.

II. Zusammenspiel von zeitgebundenem Sachverhalt und abstrakter Norm

Es gab mehrere methodisch offene Probleme. Neben der Überschneidung von Rentenversicherungs- und Wiedergutmachungsrecht und der Entscheidung der Frage, ob das ZRBG an die alte rentenversicherungsrechtliche Begrifflichkeit anknüpfte oder sie veränderte, war ein weiteres Problem, in wieweit gleichsam von einer »überzeitlichen« Geltung der Begrifflichkeiten von RVO/SGB bei der Interpretation zentraler Begriffe (Beschäftigung und Entgelt) auszugehen sei oder diese Begriffe für die Zwangswirtschaft des NS-Regimes, die in alle Bereiche des Arbeits- und Sozialrechts eindrang,⁵ auch hier

5 Für die Rentenversicherung vgl. die Beiträge in Sozialer Fortschritt 2–3/2019, Die Rentenversicherung in der Zeit des Nationalsozialismus und *Schlaeger*, VSSR 2016, 257; *Klimo*, Im Dienste des Arbeitseinsatzes, Rentenversicherungspolitik im »Dritten Reich«, Göttingen 2018.

ganz neue Interpretationen⁶ notwendig waren. Seit den Urteilen des BSG von 2009 geht die ganz überwiegende Praxis einen dritten Weg.

Alle neueren Methodenlehren unterstreichen einerseits die großen Spielräume in der Konkretisierung der Rechtsnormen und die Wichtigkeit des Sachbereichs/Sachverhalts dabei und andererseits die Notwendigkeit, die einzelnen Canones kritisch zu reflektieren, die Freiheit ihrer Anwendung durch eine Vorrangbildung einzudämmen und die sich von Wortlaut, System und Entstehungsgeschichte lösende objektive Auslegung zurück zu drängen.⁷ Wichtig ist also, wie intensiv die Besonderheiten des Sachverhalts normgeleitet aufbereitet und das abstrakte Gesetz konkretisiert werden. Dies machen die beiden Beiträge aus der ersten Instanz von *Scheurer/Wittenberg* und *Kaiser* deutlich. Hier lässt sich auch der allmähliche Prozess einer Öffnung für die Besonderheiten der Ghettoarbeit und ihre Einbettung in die NS-Zwangswirtschaft durch das BSG in den beiden Rechtsprechungs-Änderungen von 1997 und 2009 verorten (*Knickrehm*). Das erfordert ein Verfahren offener Argumentation und die strikte, reflektierte Anwendung und das Ausschöpfen aller klassischen Argumentationstopoi (Canones). *Reuter* und der zweite Beitrag von *Knickrehm* greifen dies an den Problemen der Ghettoernten auf. Dabei lassen sich zwar sehr allgemeine systematische Eckbegriffe wie »Beschäftigungsverhältnis« bereichsspezifisch erweitern,⁸ schwierig wird es aber, dies ohne klaren Anhalt im Gesetzestext bei den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrenrechts zu tun (*Knickrehm*).

III. Konkretisierungsprozesse auf der Ebene der Tatsachenfeststellung

Die Besonderheit der Tagung lag auch darin, dass Praktiker die Bewältigung der Vagheiten und Offenheiten des Konkretisierungsprozesses auf der Ebene der Sozialverwaltung (*Tiemann*) und der untersten Tatsacheninstanz der Sozialgerichtsbarkeit (*Scheurer/Wittenberg* und *Kaiser*) analysierten. Beide Male ging es um Probleme der Erfassung von zeitlich weit zurückliegenden Sachverhalten und der »Zurichtung« des Normprogramms auf die besonderen Fälle. Wichtige Aspekte auf der Ebene der RV sind bei *Tiemann* u.a. die intern abgestimmten Methoden der Arbeiterleichterung und Sachverhaltserfassungen (Fragebögen), der Koordinierung der Rechtsanwendung zwischen

- 6 So vor allem die zahlreichen Veröffentlichungen von *Pawłita*, vgl. »Wiedergutmachung« als Rechtsfrage?: Die politische und juristische Auseinandersetzung um Entschädigung für die Opfer nationalsozialistischer Verfolgung (1945 bis 1990), 1993 und Neue Wege im rentenrechtlichen Wiedergutmachungsrecht – Zur Rechtsprechung des SG Düsseldorf (Zwangsarbeit in Ostoberschlesien), Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung 1999, S. 71 ff.; ebenso SG Düsseldorf 23.03.2000 S 15 RJ 50/98, juris (mit 246 Randnummern).
- 7 Vgl. den »Anstifter« der neueren Methodenreflexion *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Baden/Baden 1972, zuletzt *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Baden/Baden 2016, Rn. 157 ff.; *Rüthers u.a.*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018, Rn. 730d, 778, 796 ff.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München/Wien 2016, 57 ff. Bezogen auf unsere Probleme sehr intensiv: *Reuter* (Fn. 3), S. 35–65.
- 8 Vgl. zu den Bedenken in Bezug auf die systematische Relevanz *Gagel*, NZS 2000, 231.

den drei Rentenversicherungsträgern (LVA Hamburg/Nord, Rheinland und BfA/RV-Bund), die starke Orientierung an den bisherigen sozialversicherungsrechtlichen Vorverständnissen bis hin zur politischen Steuerung/Begleitung des Konkretisierungsprozesses durch die Verwaltung. Bei den Sozialgerichten (*Scheurer/Wittenberg* und *Kaiser*) dominierten die immensen Probleme einer Ermittlung von Sachverhalten, über die es bis dahin nur wenig valide (historische) Kenntnisse gab, und die Bildung eigener, vom BSG abweichender Normkonkretisierungen, die oft auch Bestand hatten. Erst die Nachfrage der Sozialgerichtsbarkeit nach historischen Gutachten lösten eine intensive historische Aufarbeitung der Lebens- und Arbeitsbedingungen in den Ghettos aus.⁹ Die Bearbeitung der Ghettoerentenfälle brachte auch eine hohe Arbeitsbelastungen, umso wichtiger war die intensive interne kollegiale Kooperation und Entwicklung von Entscheidungshilfen, bei aller Unterschiedlichkeit der Ergebnisse der mit der Materie befassten Kammern des SG Hamburg.

IV. Sachgerechtigkeit

Die Arbeit am Sachverhalt ist immer auch Kommunikation mit den Antragsstellern. Im Sozialrecht geht es dann nicht selten auch darum, ganze Lebenswege mit traumatischen Ereignissen juristisch aufzuarbeiten und den einzelnen Personen »gerecht« zu werden. Bei den Ghettoerenten, d.h. der Frage nach der Versicherungspflicht einer Arbeit, die von vornherein auf rassische Aussonderung und Ausbeutung bis hin zur Vernichtung der Arbeitenden angelegt war, war das ein besonders empfindliches Problem. Das erforderliche, sensible und genaue Vorgehen von Verwaltung und Gerichten der Tatsacheninstanz geriet notwendig in Konflikt mit dem Faktor Zeit (bei dem hohen Alter der Antragsteller) und der Arbeitsbelastung der Entscheider. Das reflektieren die Beiträge von *Tiemann*, *Scheurer/Wittenberg* und *Kaiser*. Hier muss der Spielraum für professionelles juristisches Handeln notwendigerweise groß sein und ist als solcher auch anzuerkennen.¹⁰

9 Überblick: *Hensel/Lehnstaedt* (Hrsg.), Arbeit in den nationalsozialistischen Ghettos, Osnabrück 2013; *Hansen/Steffen/Tauber* (Hrsg.), Lebenswelt Ghetto, Alltag und soziales Umfeld während der nationalsozialistischen Verfolgung, Wiesbaden 2013; *Dieckmann/Quinkert* (Hrsg.), Im Ghetto 1939–1945, Göttingen 2009.

10 Unter diesem Aspekt verwundert deshalb die Härte der Auseinandersetzung am LSG NRW um den Richter Dr. v. Renesse, vgl. »Richter kämpft für NS-Opfer – und wird verklagt«, Die Welt v. 21.03.2016 unter: www.welt.de/politik/deutschland/article153500869/Richter-kaempft-fuer-NS-Opfer-und-wird-verklagt.html (zuletzt abgerufen am 27.02.2020).

»Entschädigung« für Ghettoarbeit in der gesetzlichen Rentenversicherung

von Sabine Knickrehm

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Systemfrage: Entschädigung und/oder Sozialversicherung?
- III. Entschädigungsleistungen innerhalb und außerhalb der sozialrechtlichen »Versorgung«
- IV. Sozialversicherungsleistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung mit entschädigungsrechtlichem Charakter
- V. Fazit

I. Einleitung

Das Thema »Ghettorenten – Verfahren, Sachverhaltsermittlung und Gesetzesauslegung im kritischen Rückblick« verlangt nach einer Aufarbeitung des Umgangs der Justiz und der Gesetzgebung mit Ansprüchen von Verfolgten des Nationalsozialismus auf Entschädigungs- und Sozialversicherungsleistungen für im Ghetto geleistete Arbeit. Die Aktualität dessen wird nicht nur dadurch begründet, dass das Grundgesetz, mit der Verbürgung des demokratischen Rechtsstaats und den Grundrechten als Gegenmodell der faschistischen Diktatur, 70 Jahre alt geworden ist. Das Thema »Ghettorenten« ist in sozialrechtlicher Hinsicht immer noch nicht gänzlich abgeschlossen; es fordert Rentenversicherungsträger und Sozialgerichte in unterschiedlichen Konstellationen auch heute noch heraus.

Die sich dabei zunächst aufdrängende Frage ist die nach der systemgerechten Einordnung der »Entschädigung« für Ghettoarbeit im Nationalsozialismus. Was ist der systematisch zutreffende Standort für derartige Leistungen – das Versorgungssystem oder die gesetzliche Rentenversicherung? Auch wenn Geldleistungen – egal aus welchem System sie erbracht werden – das erlittene Unrecht nicht wieder gut machen können, so weist *Bieback* doch darauf hin, dass die Systemzuständigkeit aus der Perspektive der Opfer durchaus einen Unterschied mache. Das Entschädigungsrecht taste das alte Un-»Recht« nicht an, sondern kompensiere es nur durch meist pauschale Zahlungen. Wiedergutmachung durch Integration in das Sozialrecht solle im Nachhinein das alte Unrecht überwinden, mache es teilweise ungeschehen, indem es die Verfolgten in das damals und heute (weiter-) geltende »normale« Recht aller Bürger integriere.¹ Unabhängig davon, ob der Maßstab der »Normalität« hier weiterhilft, stellen die Begriffe »Entschädigung« und »gesetzliche Rentenversicherung« – als Synonym für »Sozialver-

1 *Bieback*, Ghettorenten – Probleme einer Konkretisierung des Begriffs »Beschäftigungs-/Arbeitsverhältnis« Rezension von: *Marc Reuter*, SR 2019, 278–283.

sicherung« – an sich bereits Gegensätze dar, jedenfalls wenn der Blick auf die dahinterstehenden Systeme gerichtet wird.

Dieser Systemunterschied bildet im Weiteren den Anfang der Ausführungen. Danach sollen kurz die reinen Entschädigungsleistungen für Schäden, die durch nationalsozialistisches Unrecht verursacht worden sind in Erinnerung gerufen werden. Abschließend folgt ein kurzer Überblick über die »rechtliche« Entwicklung der Entschädigung für Ghettoarbeit im Rentenrecht und außerhalb dessen.

II. Systemfrage: Entschädigung und/oder Sozialversicherung?

Die Systemfrage lautet: Welchem (sozialrechtlichen Binnen-)System² ist die Entschädigung für Ghettoarbeit zuzuordnen?

Klassisch wird das Sozialrecht in Sozialversicherung, Versorgung und Fürsorge eingeteilt³ oder nach neuem Systematisierungsversuch in Vorsorge, Entschädigung und Ausgleich (Hilfe und Förderung).⁴ Unabhängig davon, welchem Systematisierungsversuch man zuneigt, wird Sozialversicherung durch kollektive »Vorsorge« gekennzeichnet, die im Wesentlichen auf Beiträgen der »Versicherten« beruht. Entschädigung oder Versorgung dient der Sicherung gegen schädigende Ereignisse, die im Verantwortungsbereich der Allgemeinheit liegen. Hierzu zählt auch das Recht der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts. Mit »Ghettorenten« wird Entschädigung/Wiedergutmachung geleistet durch eine Sozialversicherungsleistung. *Kaltenstein* formuliert in einem anderen Zusammenhang scharf: »Die GRV (Anm. Gesetzliche Rentenversicherung) ist als vorleistungsbezogenes und beitragsfinanziertes Sozialversicherungssystem nicht dazu berufen, Aufgaben der Gesamtgesellschaft zu lösen.«⁵ Zwar kann dieser Aussage in ihrer Absolutheit nicht gefolgt werden. Denn Sozialversicherung ist eben nicht nur »Versicherung«, wie die Bezeichnung schon ausdrückt, sondern auch »sozialer Ausgleich«. Jedoch markiert sie im Kern zutreffend ein juristisches Problem. Treffen verschiedene Elemente verschiedener Systeme in einer Leistung zusammen, so stellt sich im Rahmen der Auslegung der anspruchsbegründenden Normen immer die Frage, welchen Systemparametern soll diese Auslegung folgen. Genau dies war die Herausforderung bei den »Ghettorenten«, also Renten aus (Beitrags-)Zeiten für eine Beschäftigung in einem Ghetto.

Um den aufgezeigten Zusammenhang zu verdeutlichen ist es erforderlich einen kurzen Blick darauf zu werfen, auf welchen Rechtsgrundlagen »Entschädigungsleistungen« für Schäden aufgrund von im Nationalsozialismus erlittenen Unrechts gewährt wur-

2 Vgl. nur *Waltermann*, Sozialrecht, 13. Aufl. München 2018, Rn. 77 ff.

3 *Gitter/Schmidt*, Sozialrecht, 5. Aufl. München 2001, § 1 Nr. 9 ff.; *Wannagat*, Sozialversicherungsrecht, Tübingen 1965, S. 31 ff.

4 *Eichenhofer*, Sozialrecht, 11. Aufl. Tübingen 2019, Rn. 10 ff.; *Zacher*, Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1985, S. 20 ff.; s.a. *Waltermann* (Fn. 2), Rn. 77 ff.

5 *Kaltenstein*, WzS 2019, 71, 79.

den, die zeitlich vor der rentenrechtlichen Normierung in Kraft gesetzt worden sind. Daraus erhellt sich, Ghettoarbeit als Erwerbstätigkeit/Beschäftigung zur Lebensunterhaltssicherung stand nicht im Fokus der Gesetzgeber des Entschädigungs-/Wiedergutmachungsrechts.

III. Entschädigungsleistungen innerhalb und außerhalb der sozialrechtlichen
»Versorgung«

Unmittelbar nach Ende des 2. Weltkriegs und noch während der Besatzungszeit wurden zahlreiche – bei *Féaux de la Croix/Rumpf* werden sie als bunter »Flickenteppich« beschrieben⁶ – unterschiedliche Regelungen geschaffen, die Entschädigungsleistungen garantierten. Diese reichten z.B. von Härtefonds, über das Bundesergänzungs-, das Lastenausgleichs-, das Bundesrückerstattungs- bis hin zum Entschädigungsgesetz.⁷ 1956 trat rückwirkend zum 01.10.1953 das Bundesentschädigungsgesetz in Kraft. Es sah Leistungen für Schäden an Leben, Körper und Gesundheit vor, ohne einen eigenständigen Entschädigungstatbestand für Ghettoarbeit oder Zwangsarbeit zu normieren. Die Leistungen aus dem Art-2-Fonds des Jahres 1992 waren zwar Entschädigungsleistungen wegen erlittener Nationalsozialistischer Verfolgung durch Inhaftierung in einem Ghetto – ohne Rechtsanspruch –, aber auch sie erfassten den Tatbestand der »Ghettoarbeit« nicht eigenständig.⁸ Auch das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung »Erinnerung, Verantwortung und Zukunft«⁹ erfasste ausdrücklich nur »Zwangsarbeit« in einem Ghetto unter dem Konzentrationslager vergleichbaren Bedingungen. Auf entschädigungsrechtlicher Seite wurde »Ghettoarbeit« in dem eben definierten Sinne erstmals durch die von der Bundesregierung im Oktober 2007 erlassene »Anerkennungsrichtlinie«¹⁰ berücksichtigt. Sie stammt jedoch schon aus einer Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigung im Ghetto (ZRBG)¹¹ und fand Anwendung für »Ghettoarbeit« NS-Verfolgter, die keine Zwangsarbeit war und die bisher keine sozialversicherungsrechtliche Berücksichtigung (Anm. unter Anwendung des ZRBG) gefunden hatte. Sie wurden mit einer Einmalzahlung von 2.000 € abgefunden.

6 *Féaux de la Croix/Rumpf*: Der Werdegang des Entschädigungsrechts unter national- und völkerrechtlichem und politologischem Aspekt. (= Bundesminister der Finanzen, in: Schwarz (Hrsg.): Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland. Bd. III), München 1985, S. 14 ff.

7 Vgl. hierzu *Knickrehm/Bergner/Mecke/Kallmayer*, SGB 2018, 657, 658.

8 *Knickrehm/Bergner/Mecke/Kallmayer*, SGB 2018, 657, 659.

9 EVZStiftG vom 02.08.2000, BGBl. I, 1263.

10 Bekanntmachung im BAnz 2007, S. 7693.

11 Vom 20.06.2002 – BGBl. I S. 2074.

IV. Sozialversicherungsleistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung mit
entschädigungsrechtlichem Charakter

Unter Berücksichtigung des eben aufgezeigten entschädigungsrechtlichen Verständnisses von Ghettoarbeit als Zwangsarbeit behandelte auch das BSG 1974¹² einen Fall in dem die Klägerin außerhalb des Konzentrationslagers zur Arbeit herangezogen worden war. Das BSG konnte kein Beschäftigungsverhältnis gegen Entgelt auf freiwilliger Basis erkennen. Ebenso argumentierte das Gericht noch im Falle der Beschäftigung im Ghetto Tarnow 1979.¹³ Erst am 18.06.1997 (also vor erst 23 Jahren) – einem für die gesamte weitere Rechtsentwicklung entscheidenden Tag im Bereich der Ghettoerente – gelangte der 5. Senat,¹⁴ später bestätigt durch den 13. Senat,¹⁵ zu einem anderen Ergebnis. Er unterschied nun zwischen der allgemeinen Sphäre der Freiheitsbeschränkung, also des zwangsweisen Aufenthalts im Ghetto und der Sphäre des »freiwilligen Beschäftigungsverhältnisses«, unabhängig vom Motiv der Aufnahme der Tätigkeit. Im Ghetto Lodz hatte die dortige Klägerin als Näherin gegen »Markquittungen« – Ghettogeld – gearbeitet. Systematischer Anknüpfungspunkt war das rentenversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis. Auf die damit einhergehenden restriktiven Grenzen für »Ghettobeitragszeiten« wies der 13. Senat den Gesetzgeber sodann erstmals in der Entscheidung zum Ghetto Krenau¹⁶ hin. Deutlich geworden war auch, dass dann, wenn das Ghetto nicht im Geltungsbereich der RVO lag, die Anwendung des Fremdrentenrechts eine zusätzliche Hürde darstellte. Der Verfolgte musste in diesem Fall dem deutschen Sprach- und Kulturkreis zugehörig sein. Zudem wurden Renten, soweit sie auf »nicht-deutschen« Beitragszeiten beruhten, nicht ins Ausland ausgezahlt, also insbesondere nicht nach Israel und in die Vereinigten Staaten von Amerika.

Der Deutsche Bundestag beschloss daraufhin am 20.06.2002 ein rentenversicherungsrechtliches Regelwerk, das ZRBG.¹⁷ Sachlich erfasst waren vom ZRBG diejenigen Verfolgten, deren Beschäftigung aus eigenem Willensentschluss zustande gekommen war und die gegen Entgelt tätig waren. Das Ghetto musste sich in einem Gebiet befinden haben, das vom Deutschen Reich besetzt oder diesem eingegliedert war. Es galten nun auch für Zeiten, die nicht im RVO-Gebiet zurückgelegt worden waren, Beiträge als gezahlt. Zudem wurden, wie der Titel des Gesetzes besagt, danach Renten auch mit Ghettobeitragszeiten, die außerhalb der Geltung der RVO zurückgelegt worden waren ins Ausland zahlbar gemacht. Das Gesetz wurde rückwirkend in Kraft gesetzt und zwar zum 01.07.1997. Zu diesem Datum konnte die Rente auch dann beginnen, wenn der Antrag bis zum 30.06.2003 gestellt war.

12 BSG, Urt. v. 10.12.1974 – 4 RJ 379/73, BSGE 38, 245 = SozR 5070 § 14 Nr. 2.

13 BSG, Urt. v. 04.10.1979 – 1 RA 95/78, SozR 5070 § 14 Nr. 9.

14 Ghetto Lodz BSG, Urt. v. 18.06.1997 – 5 RJ 66/95, BSGE 80, 250, SozR 3-2200 § 1248 Nr. 15.

15 Ghetto Krenau BSG, Urt. v. 14.07.1999 – B 13 RJ 61/98, SozR 3-5070 § 14 Nr. 2 und Ghetto Reichshof BSG, Urt. v. 23.08.2001 – B 13 RJ 59/00 R, SozR 3-220 § 1248 Nr. 17.

16 BSG, Urt. v. 14.07.1999 – B 13 RJ 61/98, SozR 3-5070 § 14 Nr. 2.

17 BGBl. I, S. 2074.

- Gleichwohl stellten sich der Rechtsprechung weiterhin Probleme:
- Was war »Entgelt« – auch »Verpflegung«, mehr oder minder gut?¹⁸
 - Was galt in Gebieten, bei denen unklar war, ob sie vom Deutschen Reich besetzt waren?¹⁹
 - Reichte es für die Freiwilligkeit, wenn die Tätigkeit nur nicht unter Ausübung willensbrechender Gewalt verrichtet wurde?²⁰
 - Musste für einen Anspruch auf eine auf Ghattobeitragszeiten beruhende Rente die allgemeine Wartezeit erfüllt sein?²¹

Die für Rentenversicherungsangelegenheiten zuständigen Senate des BSG beantworteten diese Fragen unterschiedlich. Im Juni 2009 (Pfingsten – vor 10 Jahren) wurde dann eine einheitliche Linie gefunden: Die Auslegung des ZRBG wurde unter »entschädigungsrechtlichen« Erwägungen vorgenommen. Dies betraf sowohl die Gebietsausdehnung, als auch die Art des Entgelts und die Freiwilligkeit. Bei der Wartezeitvoraussetzung sollte es aber verbleiben.²²

Weitere Probleme – die das BSG als nicht durch Richterrecht lösbar befand – stellten sich:

- Die Antragsfrist des 30.06.2003 war zwischenzeitlich verstrichen – die Rente konnte erst ab Beginn des Monats der Antragstellung (§ 99 SGB VI) gezahlt werden;
- Eine bestandskräftige Ablehnung eines Rentenanspruchs konnte zwar nach § 44 SGB X einer Überprüfung unterzogen werden, die Rente war alsdann jedoch nur vier Jahre »rückwirkend« zu zahlen,²³
- Nach Polen konnte aufgrund des DPSVA von 1975 keine »deutsche« Rente gezahlt werden.

2014 beschloss der Deutsche Bundestag daraufhin das 1. ZRBG-Änderungsgesetz, das die Antragsfrist bis 2003 beseitigte, so dass nun auch später beantragte Rentenleistungen ab dem 01.07.1997 erbracht werden konnten. Es wurde ein Wahlrecht zwischen früherem und späterem Rentenbeginn geschaffen und die Begrenzung der Rückwirkung nach § 44 Abs. 4 SGB X im Anwendungsbereich des ZRBG aufgehoben. Schlussend-

18 Ghetto Warschau BSG, Urt. v. 07.10.2004 – B 13 RJ 59/03 R, BSGE 93, 214, SozR 4-5050 § 15 Nr. 1.

19 Bejahend: in Transnistrien I BSG, Urt. v. 14.06.2006 – B 4 R 29/06 R, BSGE 98, 48, SozR 4-5070 § 1 Nr. 3.

20 Bejahend: in Transnistrien I BSG, Urt. v. 14.06.2006 – B 4 R 29/06 R, BSGE 98, 48, SozR 4-5070 § 1 Nr. 3.

21 Bejahend: in Transnistrien I BSG, Urt. v. 14.06.2006 – B 4 R 29/06 R, BSGE 98, 48, SozR 4-5070 § 1 Nr. 3; Verneinend: in Transnistrien II BSG, Urt. v. 26.07.2007 – B 13 R 28/06 R, BSGE 99, 35, SozR 4-5070 § 1 Nr. 4.

22 BSG, Urt. v. 02.06.2009 – B 13 R 81/08 R, BSGE 103, 190, SozR 4-5075 § 1 Nr. 7; derselbe Senat B 13 R 85/08 R und B 13 R 139/08 R; BSG, Urt. v. 03.06.2009 – B 5 R 26/08 R, BSGE 103, 220, SozR 4-5070 § 1 Nr. 8; derselbe Senat B 5 R 66/08 R.

23 Begrenzte Rückwirkung: BSG, Urt. v. 07.02.2012 – B 13 R 40/11 R, BSGE 110, 97, SozR 4-5075 § 3 Nr. 2; BSG, Urt. v. 07.02.2012 – B 5 R 38/11 R, SozR 4-5075 § 3 Nr. 1.

lich wurden territorial alle Ghettos im nationalsozialistischen Einflussbereich einbezogen. Es kam auch ein neues Abkommen mit Polen zustande, so dass rückwirkend zum 01.07.1997 nun auch Renten dorthin ausgezahlt werden konnten.

V. Fazit

Als Fazit kann festgehalten werden, dass angestoßen durch die Rechtsprechung der Sozialgerichte und in zweimaliger Reaktion durch den Gesetzgeber hierauf – mit dem vorläufigen Schlussakt durch das ZRBG-Änderungsgesetz – dem entschädigungsrechtlichen Gedanken nunmehr Rechnung getragen worden ist. Er ist »eingepasst« worden in ein System, das Leistungen nach den Grundsätzen der Sozialversicherung erbringt. Es ist eine entschädigungsrechtliche Überlagerung erfolgt. Fraglich bleibt, ob hieraus für die Rechtsprechung in Zukunft zu folgen hat, dass – nicht nur im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Regeln – auch die des allgemeinen Teils/die sozialverwaltungsverfahrensrechtlichen durch entschädigungsrechtliche Wertungen zu Gunsten des berechtigten Personenkreises zu überlagern sind?

Herausforderungen der Verwaltung durch das ZRBG*

von Axel Tiemann

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Organisation der Deutschen Rentenversicherung in der Bearbeitung von ZRBG-Verfahren
 - 1. Konzentration der Verfahren in den Verbindungsstellen
 - 2. Koordination innerhalb der einzelnen Träger
- III. Über das WGSVG zum ZRBG
 - 1. Gesetzgebung bis zum ZRBG
 - 2. Rechtsprechung bis zum ZRBG
 - 3. Exkurs: Zum Umgang der Verwaltung mit veränderter Rechtsprechung
- IV. Das ZRBG 2002
 - 1. Die erste Phase der Umsetzung
 - 2. Vorverständnisse der Verwaltung und Rechtsprechung
- V. Auswirkungen auf die Verwaltung und speziell den Rentenversicherungsstandort Hamburg
 - 1. Abstimmungsbedarfe
 - 2. Quantitative Herausforderungen
 - 3. Verfahren: offen und wieder aufzugreifen
 - 4. Zeitliche Herausforderungen
 - 5. Externe Einflüsse
 - 6. Finanzieller Regelungsbedarf
 - 7. Anwälte
 - 8. Registratur
- VI. Schluss

I. Einleitung

Das Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto (ZRBG) und das zwölf Jahre spätere erlassene Änderungsgesetz dazu¹ haben die Deutsche Rentenversicherung vor große Herausforderungen gestellt. Dieser Beitrag soll einen kleinen Einblick auf die Verwaltungsseite der Umsetzung dieser Gesetze zu vermitteln versuchen. In einem weiteren Sinne geht es um Lernprozesse im Umgang mit sich verändernden Rahmenbedingungen bei der Sicherung von Rechten, die ihre Grundlage in zeitlich weit zurückliegender Vergangenheit haben.

In nur wenigen Bereichen der öffentlichen Verwaltung sind die Sachverhalte, die zu erfassen und rechtlich zu würdigen sind, so historisch wie im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Rente wird berechnet auf der Grundlage von Lebens- und

* Druckfassung eines Vortrags zu »Ghettorenten« Verfahren, Sachverhaltsermittlung und Gesetzesauslegung im kritischen Rückblick«, der im Rahmen einer Veranstaltung der Forschungsstelle für Sozialrecht und Sozialpolitik der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg am 13.06.2019 gehalten wurde.

1 Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto (ZRBG) vom 20.06.2002 (BGBl. I S. 2074) und Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto (ZRBG-ÄndG) vom 15.07.2014 (BGBl. I S. 952).

Einkommensdaten, die die gesamte Erwerbsphase (in der Regel heute nach Vollendung des 17. Lebensjahres bis Renteneintritt) widerspiegeln. Zeiträume von vierzig Jahren zu erfassen ist dabei normal, wenn z.B. bei einem Rentenantrag eine Schulbescheinigung zum Nachweis einer Ausbildungsanrechnungszeit vorgelegt wird.

Die Renten, um die es beim ZRBG geht, stellen insoweit keine Ausnahme dar. Mit Stand vom 15.12.2019 hatte es DRV-weit 117.800 Anträge auf ZRBG-Renten gegeben, von denen 67.200 bewilligt werden konnten. In 46.600 Fällen erfolgten Ablehnungen oder die Verfahren endeten mit dem Versterben der Antragsteller. 4.000 Anträge waren in Bearbeitung. Insgesamt ist das ein eher kleiner Teil der insgesamt 25,7 Mio. Rentenempfängerinnen und -empfänger. Gleichwohl ist der historische Kontext ebenso bemerkenswert wie die besonderen Verfahren, die auf Verwaltungsseite entwickelt werden mussten.

II. Organisation der Deutschen Rentenversicherung in der Bearbeitung von ZRBG-Verfahren

1. Konzentration der Verfahren in den Verbindungsstellen

Von den Menschen, die den Holocaust überlebt hatten, ist nur ein kleiner Teil nach dem Krieg in Deutschland geblieben oder dorthin gezogen. Viele haben in Israel, aber auch den Vereinigten Staaten und zahlreichen anderen Staaten außerhalb Deutschlands eine neue Existenz im »Leben nach dem Überleben« aufgebaut. Vor und nach der Organisationsreform der Rentenversicherung von 2005² waren innerhalb der deutschen Rentenversicherung für Rentenanträge aus dem Ausland Verbindungsstellen bei einzelnen bundesweiten und regionalen Trägern zuständig. Dadurch wird das notwendige Fachwissen gebündelt und die Kommunikation mit den Partnerstaaten auf wenige Beteiligte begrenzt. Grundlage dafür sind neben § 127a und § 128 SGB VI die bilateralen Sozialversicherungsabkommen Deutschlands mit Israel,³ den Vereinigten Staaten,⁴ Kanada⁵ oder Australien⁶ oder – für die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft – aus dem Europarecht.

2 Gesetz zur Organisationsreform in der gesetzlichen Rentenversicherung vom 09.12.2004 (BGBl. I S. 3242, dort Art. 1).

3 Gesetz zu dem Abkommen vom 17.12.1973 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Staat Israel über Soziale Sicherheit vom 03.03.1975 (BGBl. 1975 II, S. 245), mit einem Zusatzabkommen vom 12.02.1995 (Gesetz vom 12.02.1995 (BGBl. 1996 II, S. 299)).

4 Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über Soziale Sicherheit vom 07.01.1976 (BGBl. 1976 II, S. 1358) i.d.F. des Zusatzabkommens vom 02.10.1986 (BGBl. 1988 II, S. 83) und des Zweiten Zusatzabkommens vom 06.03.1995 (BGBl. 1996 II, S. 302).

5 Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kanada über Soziale Sicherheit vom 14.11.1985 (BGBl. 1988 II S. 28) in der Fassung des Zusatzabkommens vom 27.08.2002 (BGBl. 2003 II S. 666) sowie der Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung von Quebec über Soziale Sicherheit vom 20.04.2011 (BGBl. 2011 II S. 19).

6 Gesetz zu dem Abkommen vom 13.12.2000 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Australien über Soziale Sicherheit vom 28.08.2002 (BGBl. 2002 II S. 2306).

Für die Anträge der Überlebenden der Shoah waren neben den Bundesträgern vor allem die DRV Rheinland in Düsseldorf für Israel und die DRV Nord mit ihrem Standort Hamburg für die USA, Kanada und das Vereinigte Königreich zuständig.

So hatten vor allem die Verbindungsstellen z.B. das WGSVG umzusetzen (dazu sogleich).

2. Koordination innerhalb der einzelnen Träger

Das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren wird vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Das heißt, dass die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen ermittelt, und Art und Umfang der Ermittlungen bestimmt; an das Vorbringen und an die Beweisangebote der Beteiligten ist sie nicht gebunden, muss dann aber auf der Basis der so gewonnenen Erkenntnisse alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände berücksichtigen, auch die für die Beteiligten günstigen. Im Sinne der gleichmäßigen Verwaltungsrechtsgewährung ist es deshalb wichtig, dass Sachverhalte – unabhängig vom individuellen Vorverständnis oder etwa einer Voreingenommenheit eines einzelnen Sachbearbeiters – bei jedem Antragsteller in gleicher Weise ermittelt werden können. Dazu dienen einheitliche Vordrucke, Fragebögen oder Formulare. Die Vorbereitung eines Vordrucks oder Formulars, das in den Verwaltungsverfahren zur Entscheidung über die Renten nach dem ZRBG verwandt wurde, enthält eine verwaltungsinterne Abstimmung dessen, was – bei der Umsetzung der rechtlichen Anforderungen aus dem Gesetz – voraussichtlich auf der Sachverhaltsseite wichtig sein wird, um so zugunsten normgerechten Bewilligungs- oder Ablehnungsentscheidungen kommen zu können. Dabei wird also »Vorverständnis« der Verwaltung vereinheitlicht, implizit zum Ausdruck gebracht und öffentlich gemacht.

III. Über das WGSVG zum ZRBG

1. Gesetzgebung bis zum ZRBG

Die besondere Verantwortung Deutschlands für die Verbrechen an und die Diskriminierungen von Minderheiten und politisch anders Denkenden, die vom Rechtsvorgänger, dem Deutschen Reich, zwischen 1933 und 1945 begangen wurden, führte früh zu zwei unterschiedlichen Leistungssystemen: Einmal die Entschädigungsleistungen⁷ zum anderen Lösungen in der Rentenversicherung.⁸

Dies geschah vor allem durch das Gesetz über die Änderung und Ergänzung der Vorschriften über die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der So-

7 BMF (Hrsg.), »Entschädigung von NS-Unrecht. Regelungen zur Wiedergutmachung«, Stand: 01.04.2019, Berlin; *Harwardt/von Miquel*, in: Justizministerium des Landes NRW (Hrsg.), Sozialgerichtsbarkeit und NS-Vergangenheit, Düsseldorf 2016, S. 211 ff.

8 Gesetz über die Behandlung der Verfolgten des Nationalsozialismus in der Sozialversicherung vom 22.08.1949 (Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebiets S. 263), Vorläufer des späteren WGSVG.

zialversicherung (WGSVG v. 22.12.1970 BGBl. I S. 1846).⁹ Gem. §§ 10 und 10a i.V.m. den SV-Abkommen mit Israel und den USA gab es für Verfolgte des Dritten Reiches spezielle Nachentrichtungsmöglichkeiten, die durch die rassische und politische Verfolgung entstandene Lücken füllten und damit die Voraussetzungen der Wartezeiten für einen Rentenanspruch sicherstellten. Hiervon wurde vielfach Gebrauch gemacht.¹⁰ In der DDR wurde von Anfang an den rentenrechtlichen Lösungen der Vorzug gegeben.¹¹ Die politische Wende in Deutschland 1989 bis 1991 gab Anlass und Anstoß dafür, dass sich das wiedervereinigte Deutschland nun noch einmal neu und anders seiner historischen Verantwortung als Rechtsnachfolger des untergegangenen Deutschen Reiches stellen konnte und musste. Mit der Jewish Claims Commission waren im Laufe der Jahre verschiedene Regelungen erarbeitet worden, und mit der Wende wurde das Thema von Entschädigungen von dort aus auch erneut bei der Bundesregierung angesprochen.¹²

2. Rechtsprechung bis zum ZRBG

Nach § 14 Abs. 2 WGSVG (a.F.) – seit 1992 § 12 WGSVG – gelten Zeiten, in denen ein Verfolgter eine rentenversicherungspflichtige Beschäftigung oder Tätigkeit ausgeübt hat, als Pflichtbeitragszeiten (Gleichstellung). Mit Bescheid vom 27.07.1992 hatte die damalige Landesversicherungsanstalt Freie und Hansestadt Hamburg einen Antrag auf Gewährung einer Altersrente für eine Frau abgelehnt, die zwischen 1940 und 1944 im Ghetto Lodz (Litzmannstadt) als Näherin gearbeitet hatte. Im anschließenden Klageverfahren vor dem SG Hamburg obsiegte die Klägerin, weil das Sozialgericht zum einen ab 1942 mit dem Inkrafttreten der Ostgebiete-Verordnung der NS-Gesetzgebung¹³ die Anwendbarkeit des RVO-Rechts anerkannte, und zum anderen auch in der festgestellten Arbeit der Klägerin in der Näherei eine »Beschäftigung« im Sinne des Rentenversicherungsrechts sah.¹⁴ Die Sprungrevision der beklagten LVA führte dann am 18.06.1997 zu der Leitentscheidung des 5. Senats des Bundessozialgerichts, das den Ausgangspunkt der weiteren Anerkennung von Renten aus Zeiten der Beschäftigung in einem Ghetto

9 Ausführlich zur historischen Entwicklung: *Reuter*, Ghettorenten, 2019, S. 88 ff.; und oben bei Fn. 7.

10 Durch die Zusatzabkommen aus dem Jahr 1995 (s.o. Fn. 3 und 4) in die Schlußprotokolle zu dem Israel- bzw. USA-Abkommen als Nr. 11 bzw. Nr. 9 eingefügt.

11 § 54 der Verordnung über die Gewährung und Berechnung von Renten der Sozialpflichtversicherung (1. Renten-VO) der DDR vom 23.11.1979 (GBl. I S. 401).

12 Zu Regelungen für die neuen Bundesländer s. BMF (Hrsg.) 2019, S. 22 ff.

13 Z.B. Verordnung über die Sozialversicherung in den besetzten Gebieten vom 04.08.1941 (RGBl. I S. 468) oder die Verordnung über die Einführung der Reichsversicherung in den eingegliederten Ostgebieten vom 22.12.1941 (RGBl. I S. 777).

14 In der Rentenversicherung war bereits frühzeitig auf einer Regionaltagung Ende 1992 das Urteil des SG München vom 06.05.1988 (Az.: S 13/An 894/85 WG) erörtert worden. Das Urteil des SG Hamburg vom 21.07.1995, 20 J 1202/94, war dann Auslöser der weiteren Entwicklung (anders kurz zuvor noch SG Hamburg 15 J 67/94 Urt. v. 21.03.1995).

bildete.¹⁵ Mit dieser Entscheidung bekam die Frage, was »Beschäftigung« im Sinne der RVO/des Rentenrechts sein kann, eine neue Richtung.¹⁶ Der Verband Deutscher Rentenversicherungsträger empfahl daraufhin seinen Mitgliedern,¹⁷ dieser Rechtsprechung zu folgen.

In der Folge der Ghetto-Lodz-Rechtsprechung wurde durch ein weiteres BSG-Urteil¹⁸ deutlich, dass es für Zahlungen in das Ausland noch erhebliche weitere Hürden zu überwinden gab.

3. Exkurs: Zum Umgang der Verwaltung mit veränderter Rechtsprechung

Auch Urteile in Revisionsverfahren bei obersten Bundesgerichten sind – für sich betrachtet – immer nur Einzelfallentscheidungen. Abstrakte Rechtsfragen können dort nicht anhängig gemacht werden.

Dass die Entscheidung das individuelle Verfahren rechtsverbindlich abschließt, versteht sich von selbst. Für die Verwaltung, deren Aufgabe es – im Gegensatz zur Justiz – ist, laufend für eine unbestimmte Zahl mehr oder weniger vergleichbarer Fälle Verwaltungsentscheidungen zu treffen, stellt sich nach Kenntnis einer Revisionsentscheidung stets die Frage, wie damit in der laufenden Verwaltungstätigkeit umgegangen werden soll.¹⁹ Insbesondere kann es auch erforderlich werden zu klären, ob und inwieweit ggf. bereits bestandskräftigt gewordene Verwaltungsakte nach § 44 Abs. 1 SGB X aufzuheben sind.

Es kann dann durchaus sein, dass einem BSG-Urteil »über den Einzelfall hinaus« einmal (noch) nicht gefolgt wird. Dies kann nachvollziehbar geboten sein, wenn entweder die Rechtsprechung noch nicht als »gefestigt« angesehen wird, etwa, wenn in einem anderen Senat (gerne einmal in einem für die Knappschaft – heute DRV KBS – zuständigen) dieselbe Rechtsfrage noch Gegenstand der rechtlichen Überprüfung ist.

Im Rentenrecht des SGB VI gibt es nur eine Vorschrift, die eine »ständige Rechtsprechung« zum Tatbestandsmerkmal hat: Der § 100 Abs. 4 SGB VI ist eine Sondervorschrift gegenüber dem § 44 Abs. 1 SGB X und regelt, mit Wirkung ab wann eine Entscheidung zu korrigieren ist.²⁰

Selbst bei als gefestigt und »ständig« anerkannter obergerichtlicher Rechtsprechung gibt es aber dennoch auch verwaltungspraktische Varianten, über die man sich normalerweise innerhalb der Rentenversicherungsträger verständigt:

15 BSG, Urt. v. 18.06.2997 Az: 5 RJ 68/95 und B 5 RJ 66/95 – BSGE 80, 250.

16 *Gagel*, in: FS Krasney, München 1997, S. 147, 160 ff. und ders., NZS 2000, 231, 234.

17 Rundschreiben des VDR vom 18.02.1998 (unter Hinweis auf eine gemeinsame Dienstbesprechung der LVAen Hamburg und Rheinprovinz sowie der BfA vom 21.10.1997).

18 Ghetto Reichshof, BSG 23.08.2001, B 13 RJ 59/00, SozR 3–2200 § 1248 Nr. 17.

19 Schon früh dazu *Ossenbühl*, AöR 92, No. 4 (1967), S. 478 ff.

20 https://rvrecht.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/rvRecht/01_GRA_SGB/06_SGB_VI/pp_0076_100/gra_sgb006_p_0100.html (zuletzt abgerufen am 26.11.2019).

– Angepasst und überprüft wird nur, wenn der Berechtigte dies – meist unter Hinweis auf die neue Rechtsprechung – aktiv anstößt, also einen Überprüfungsantrag stellt, oder
– die konkrete Überprüfung eines Einzelfalls anhand der neuen Maßstäbe, die die Rechtsprechung gerade geliefert hat, erfolgt erst, wenn der Einzelfall – vielleicht bei einer Rentenanpassung, die nicht maschinell verarbeitet wird – »in den Geschäftsgang« kommt, oder

– die Kenntnis der betreffenden Fälle liegt vor (Listen, Merkmale im Konto), und die Fälle werden herausgesucht und dann einheitlich neben den normalen Fällen oder in speziell dafür bestimmten und eingerichteten temporären Spezialteams abgeschlossen.

Es handelt sich bei solchen verwaltungspraktischen Verständigungen nicht um »freies Ermessen« im Rechtssinne. Vielmehr werden hier verwaltungsinterne Abläufe strukturiert und priorisiert. Darauf kann etwa über Aufsichtsbehörden oder die eigene Selbstverwaltung der Träger Einfluss genommen werden.

IV. Das ZRBG 2002

1. Die erste Phase der Umsetzung

Ziel des am 25.04.2002 im Deutschen Bundestag einstimmig beschlossenen Gesetzes war es, Rentenansprüche für die Zeiten zu ermöglichen, in denen Verfolgte einem NS-Ghettos gearbeitet hatten.²¹ Während im Jahr zuvor das zuständige Ministerium einen Referentenentwurf vorgelegt hatte, dass die Rechtsprechung des BSG im Kontext des WGSVG allgemeinverbindlich konsolidieren sollte, enthielt das ZRBG in seinem § 2 vor allem die Anerkennung fiktiver Beitragszeiten, eben der »Ghetto-Beitragszeiten«. Der Bezug zu den Urteilen des BSG wurde durch den auf den 01.07.1997 rückverlegten Zeitpunkt des Inkrafttretens hergestellt.

Die Verwaltung wie die Spruchpraxis der Sozialgerichtsbarkeit füllten den Raum, den die abstrakten Begriffe des ZRBG gelassen hatten, in unterschiedlichem Maße aus, wenn es darum ging zu bestimmen, wann »die Beschäftigung a) aus eigenem Willensentschluss zustande gekommen ist, und b) gegen Entgelt ausgeübt wurde« und diese »Zeiten in einem Ghetto« »zahlbar zu machen« sind.²²

Viele Fälle wurden wegen mangelnden Entgelts nach der zunächst gültigen Rechtsauffassung abgelehnt. An sich begründete eine Beschäftigung (nur) gegen freien Unterhalt keine Versicherungspflicht.²³ Das LSG NRW hatte jedoch diese Einschränkung unter den historischen Bedingungen schon für nicht anwendbar gehalten. Im Ghetto-Warschau-

21 Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/8583 und 14/8602.

22 Ausführlich dazu: *Knickrehm/Bergner/Mecke/Kallmeyer*, SGB 2018, 743 ff. und *Reuter* (Fn. 9), S. 104 ff.

23 So z.B. Reichsverband Deutscher Landesversicherungsanstalten (Hrsg.), *Kommentar zur Reichsversicherungsordnung*, Kassel 1935, Fn. 1 zu § 1227: Freier Unterhalt: Begriff: was zur mittelbaren Befriedigung notwendiger Lebensbedürfnisse erforderlich und bestimmt ist, nicht, was darüber hinausgeht und persönlichen Bedarf übersteigt.

Urteil BSG²⁴ hatte der 13. Senat daraufhin zunächst noch diesen Versuch des LSG NRW, den § 1227 RVO a.F. so auszulegen, dass ein Rentenanspruch entstehen konnte, als »Überschreiten der richterlichen Rechtsfortbildung« zurückgewiesen.

Damit hatten sich die Erwartungen zunächst nicht so erfüllt, wie es wohl manche Abgeordneten des Deutschen Bundestags erwartet hatten. Rasch kamen Vorwürfe gegen die Verwaltung auf, sie verfehle bewusst die Intention des Gesetzes.²⁵

2. Vorverständnisse der Verwaltung und Rechtsprechung

Eine Frage, die im Zusammenhang mit der Entwicklung des ZRBG mitunter gestellt wurde, war die nach dem Vorverständnis, das Verwaltung und Justiz bei der Bewältigung dieser historischen Verantwortung getrieben hat. Die Frage, was richterliche Entscheidungspraxis prägt, ist angesichts der Änderung der Rechtsprechung des BSG zwischen 2004 und 2009 von großer Bedeutung. Es ist die Frage nach dem leitenden Vorverständnis und dessen Wandel. *Esser* hat vor rund fünfzig Jahren in seiner Schrift »Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung« erklärt, warum rechtliche Entscheidungen in der Konstruktion des Sachverhalts wie auch im Umgang mit dem Tatbestand im hermeneutischen Prozess der Gewinnung von Erkenntnis ein Konstrukt auf der Basis der Vorverständnisse der Entscheider sind.²⁶ Zentral ist dabei das Bemühen *Essers*, durch methodenkritische Rechtsanwendung eine stabile Rechtsdogmatik zu gewährleisten, die bestimmt und geeignet sein soll, die Orientierungsverluste allzu individueller Vorverständnisse aufzufangen.

Zu Recht wird im Kontext des ZRBG darauf hingewiesen, dass es sich hier um eine Regelungsmaterie im Übergang vom Entschädigungsrecht zum Rentenversicherungsrecht handelt.²⁷ Wenn aber dem Rentenrecht andere als Rentenzwecke – nämlich entschädigungsrechtliche Zwecke – unterlegt werden, ohne dass das im ZRBG hinreichend deutlich gemacht wurde, darf es nicht überraschen, wenn dies eine Methodenwahl fördert, die stark an kohärenter Systematik ausgerichtet ist.²⁸ Der Vorsitzende einer der Rentensenate des BSG, *Alexander Gagel*,²⁹ hatte auf das senatsübergreifende Grundverständnis von der Bedeutung der Interpretation des Begriffs »Beschäftigung« im ZRBG für das *gesamte* Sozialversicherungssystem hingewiesen. Das ZRBG musste in die Dogmatik des Sozialversicherungsrechts integriert werden.

2. »Kehrtwende«-Rechtsprechung 2009

Fünf Jahre später, am 02.06.2009, kam dann vom 13. Senat – in Abstimmung mit dem 5. Senat – die Konsolidierung mit der Folge, dass Entgeltlichkeit aus der »Überlebens- und

24 BSG, Urt. v. 07.10.2004, Az.: B 13 RJ 59/03, BSGE 92, 241.

25 *Lehnstaedt*, Geschichte und Gesetzesauslegung, Osnabrück 2011, S. 61 f.

26 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1970.

27 Etwa bei *Goschler*, in: *Zarusky* (Hrsg.), *Ghettorenten*, München 2010, S. 101 ff. (109 f.).

28 *Reuter* (Fn. 9), S. 59.

29 *Gagel*, in: *FS Krasney*, München 1997, S. 147, 160 ff.

Alltagswirklichkeit« in Ghettos verstanden wurde und Wiedergutmachung als Parameter teleologischer Auslegung in diesem Kontext anerkannt wurde.³⁰ Mit dieser Änderung ergaben sich für die Rentenversicherungsträger Herausforderungen besonderer Intensität und Komplexität.

Alle bis dahin abgelehnten Fälle (das waren ca. 90 % aller Fälle) mussten nun erneut geprüft werden. Bewilligungen folgten, wenn die Ablehnungen noch auf der alten, nun geänderten Rechtsprechung beruht hatten.

In der Zwischenzeit waren vom Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen (BADV) über die »Richtlinie über eine Anerkennungsleistung an Verfolgte für Arbeit in einem Ghetto, die keine Zwangsarbeit war«³¹ Entschädigungsleistungen, also Leistungen außerhalb des ZRBG-Renten-Zusammenhangs, bewilligt und gezahlt worden.

Die BSG-Urteile hatten auch Wechselwirkungen mit diesen Anerkennungsleistungen. In den Fällen, in denen eine Rente bewilligt wurde, musste die Anerkennungsleistung zurückgezahlt werden. Im Jahr 2011 wurde die Anerkennungsrichtlinie rückwirkend auf 2007 so neu gefasst, dass eine gleichzeitige Zahlung nach der Anerkennungsrichtlinie und einer Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung nun doch möglich war. Im Jahr 2017 wurde die Anerkennungsrichtlinie schließlich erweitert: nun konnte ein weiterer zusätzlicher Anspruch auf einen einmaligen Rentenersatzzuschlag i.H.v. 1.500 € beantragt werden, wenn der Antrag auf gesetzliche Rente abgelehnt wurde, weil die allgemeine Wartezeit (Mindestversicherungszeit) von 60 Kalendermonaten nicht erfüllt wurde.

Bei Ablehnungsbescheiden, die noch nicht rechtskräftig waren, wurde geprüft, ob eine zum 01.07.1997 rückwirkende Rentengewährung möglich ist. Bei Ablehnungsbescheiden, die bereits bestandskräftig waren, wurde geprüft, ob nunmehr die Zeiten der Beschäftigung in einem Ghetto nach der neuen BSG-Rechtsprechung berücksichtigt werden konnten. Die bereits bestandskräftigen Ablehnungsbescheide wurden nach § 44 Abs. 1 SGB X zurückgenommen; d.h., die Bescheide wurden mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen. Die erst 2005 mit der Organisationsreform der Rentenversicherung der Selbstverwaltung gem. § 138 Abs. 2 bis 5 SGB VI eingeräumte Möglichkeit, sogenannte »Verbindliche Entscheidungen« zu treffen, hatte zunächst genutzt werden sollen; es blieb dann aber bei einer Befassung und Kenntnisnahme der Geschäftsführerentscheidung ohne ausdrückliche normative Selbstverwaltungsentscheidung. Grundsätzlich wäre nach § 100 Abs. 4 SGB VI eine Rentenleistung frühestens im Juli 2009 möglich gewesen. Unter Anwendung des § 44 Abs. 4 SGB X wurden die

30 BSG 02.06.2009, B 13 R 81/08 R, BSGE 103, 190. Dazu *Kübl*, NZS 2019, S. 569 ff.

31 BAnz Nr. 186 vom 05.10.2007 S. 7693 ff.

Rentenzahlungen rückwirkend – in der Regel ab 1/2005 gezahlt.³² Die Anwendung der 4-Jahres-Frist wurde auch in mehreren Urteilen bestätigt, in letzter Instanz im Februar 2012.³³

3. Das Erste ZRBG-Änderungsgesetz

Mit der Änderung zum ZRBG vom 15.07.2014 wurde in dem neu eingefügten Abs. 3 des § 3 ZRBG die in § 44 Abs. 1 SGB X begründete 4-jährige Verfallsregelung für die ZRBG-Fälle aufgehoben. Rentenzahlungen konnten somit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen für einen Rentenanspruch (Lebensalter, Wartezeit) Rente ab dem 01.07.1997 beginnen.³⁴ Das Gesetz enthielt darüber hinaus besondere Vorschriften zur Aufhebung früher ergangener Rentenbescheide, zur Neufeststellung unter Berücksichtigung des frühestmöglichen Rentenbeginns, zur Verrechnung von Überzahlungen mit Nachzahlungen und – im neuen § 5 – zu relevanten Zeitpunkten, ab denen eine Verzinsung beginnen kann. Und schließlich sollten nach § 4 ZRBG in der neuen Fassung »Renten mit Zeiten nach diesem Gesetz ... nur unmittelbar an die Berechtigten gezahlt werden«.

Das Änderungsgesetz hat Fragen geklärt, die – hoch kontrovers – die Verwaltung und Justiz beschäftigt hatten. Die Arbeit dauert an, weil jedes Jahr – jetzt auch von Erben von Berechtigten – noch Anträge kommen, und neue Rechtsfragen etwa zum Ghetto-Begriff streitig werden.

V. Auswirkungen auf die Verwaltung und speziell den Rentenversicherungsstandort Hamburg

1. Abstimmungsbedarfe

Bei aller Erfahrung, die der Hamburger Rentenversicherungsstandort seit den 60er Jahren in der rentenrechtlichen Bewältigung der Verbrechen der NS-Zeit hatte sammeln können, und trotz dem Umstands, dass die Entscheidung zum Ghetto Lodz von 1997 ihren Ausgangspunkt bei der Hamburger Landesversicherungsanstalt genommen hatte, ergaben sich in allen Phasen der Entwicklung immer unmittelbar Abstimmungsbedarfe innerhalb der Gesetzlichen Rentenversicherung: vor allem mit den Bundesträgern und

32 Aus der Presseerklärung der DRV Bund vom 18.03.2010: »Die Deutsche Rentenversicherung greift die rund 56.000 bestandskräftig abgelehnten Anträge von Amts wegen wieder auf. Ein erneuter Antrag der Betroffenen ist nicht notwendig. Ergibt sich in diesen Fällen nach der neuen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ein Rentenanspruch für die Betroffenen, werden Rentenleistungen grundsätzlich rückwirkend ab dem 1. Januar 2005 erbracht. Dies entspricht der gesetzlichen Regelung, die Leistungen längstens für vier Jahre rückwirkend vorsieht. In den rund 5.000 Fällen, in denen eine ablehnende Entscheidung wegen eingeleiteter Rechtsmittel nicht bestandskräftig geworden ist, werden bewilligte Leistungen regelmäßig rückwirkend ab dem 1. Juli 1997 erbracht.«

33 BSG, Urt. v. 07.02.2012 – Az. B 13 R 72/11R, juris, Rn. 42.

34 Dazu *Schnell*, RVaktuell 2014, 268 ff.

mit der für Israel zuständigen DRV Rheinland. Transparent wird diese interne Abstimmung dann, wenn das Ergebnis dieser Abstimmung Arbeitsanweisungstatus erhält, also in die Gemeinsamen Rechtlichen Anweisungen der DRV (GRA) aufgenommen wird.³⁵

Speziell für die Begleitung des ZRBG war bereits eine Woche nach den Kehrtwende-Urteilen des BSG eine besondere Arbeitsgruppe, die Lenkungsgruppe ZRBG (LGZRBG), eingerichtet worden.³⁶

Diese Arbeitsgruppe nahm am 18.06.2009 ihre Tätigkeit auf, konnte Anfang Juli rasch wichtige organisatorische Fragen klären (von der Reihenfolge der Bearbeitung über zu startenden Suchläufe bis hin zu Festlegungen zur statistischen Erfassung, Kennzeichnung und Meldung der überprüften Fälle) und schon auf ihrer zweiten Sitzung Anfang August 2009 die Formulare abstimmen und freigeben, die für die Überprüfungsverfahren genutzt werden sollten.³⁷

2. Quantitative Herausforderungen

Die zahlreichen Überprüfungsverfahren nach dem BSG Urteil 2009 machten bei der den zuständigen Trägern der Rentenversicherung zunächst kurzfristig besondere personelle Ressourcen erforderlich. Einer der Hamburger Dezernatsleiter hat seinerzeit einen personellen Mehrbedarf von 10 bis 15 % berechnet.

Mit der neuen Rechtsprechung erhöhte sich das Arbeitsvolumen der speziellen Auslandsachbearbeitungen sofort auf das drei bis vierfache des normalen jährlichen Zugangs, während demgegenüber zunächst die Zahl der zur Bearbeitung zur Verfügung stehenden Mitarbeiter in den Sachbearbeitungen konstant blieb.

In Hamburg ließ sich dies – wie auch in Düsseldorf – nur durch die Anordnung von Mehrarbeit bei dem vorhandenen Personal bewältigen. Die Spezial-Sachbearbeitungen in Hamburg mussten alle Kräfte auf die ZRBG-Fälle konzentrieren und inländische Rentenvorgänge aus Hamburg mussten so an die sonst nur für Schleswig-Holstein in

35 Über den Link https://rvrecht.deutsche-rentenversicherung.de/DE/Home/home_node.html sind diese Anweisungen jederzeit mit aktuellem Stand öffentlich.

36 Schon 2002 hatte es eine ad-hoc-Arbeitsgruppe zum ZRBG gegeben, die aus Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern derjenigen Rentenversicherungsträger bestand, die die meisten Anträge zu bearbeiten hatten oder zu bearbeiten haben würden. Die 2009 eingerichtete Lenkungsgruppe ZRBG bestand aus Fachkollegen der DRV Bund, KBS, Bayern Süd, Mitteldeutschland, Nord, Rheinland, und Rheinland-Pfalz. Der Autor ist insb. Herrn *Thomas Friedemann* und dem leider im Mai 2018 früh verstorbenen Herrn *Matthias Neumeier* vom Standort Hamburg der DRV Nord zu Dank für vielseitige ZRBG-Beratung seit 2002 verpflichtet. Darüber hinaus gilt der Dank Herrn *Ulrich Schröder*, der als damaliger Leiter des Rechtsmittelbereichs der DRV Rheinland auf Verwaltungsseite an Zeugenanhörungen des LSG NRW in Israel teilgenommen hat, und Herrn *Christoph Schnell* von der DRV Bund, der insb. trägerübergreifende Abstimmungen wesentlich mitverantwortet (hat).

37 Die ZRBG-Formulare/Fragebögen hatten schon seit 2002 in der Kritik gestanden. Etwa bei von *Renesse*, in: Zarusky (Fn. 27), S. 13–37 (28). Die aktuellen Fassungen der ZRBG-Formulare sind in mehreren Sprachen im Internet abrufbar unter: https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Ausland/ZRBG/zrbg_formulare.html (zuletzt abgerufen am 28.02.2020).

Lübeck und für Mecklenburg-Vorpommern in Neubrandenburg zuständigen Sachbearbeitungen verlagert werden. Die Klärung der Versicherungskonten, bei denen die oder der Versicherte erst in fernerer Zukunft eine Rente wegen Alters zu erwarten hatten, wurde gezielt zurückgestellt. Dies wirkt bis heute nach.

Neben der quantitativen Bearbeitungskapazität spielt natürlich die Fachlichkeit in der Sachbearbeitung eine ganz besondere Rolle; über die klassische Bearbeitung von WGSVG-Fällen hinaus war bei Rentenbeginn vor 1989 die Beherrschung alten RVO-Rechts erforderlich.³⁸

3. Verfahren: offen und wieder aufzugreifen

Geht ein normaler inländischer Rentenantrag ein, wird dieser geprüft und bewilligt. Danach passt der Postrentendienst die Rente einmal im Jahr an. Der Vorgang verschwindet dauerhaft im analogen oder digitalen Archiv. Nicht so bei den ZRBG-Fällen aus der Zeit nach 2002.

Es gab seit 2002 zahlreiche Fälle die bereits abgeschlossen waren, etwa wenn ein im Sozialgerichtsverfahren tätiger Rechtsanwalt die Klage zurückgenommen hatte, weil er keine Chancen gesehen hatte, das »fehlender Entgelt« als Ablehnungsgrund bis in die Revisionsebene zu bringen. Solche Fälle mussten jetzt erneut herausgesucht und aufgegriffen werden.

§ 2 Abs. 6 und 7 i.d.F. des ZRBG-Änderungsgesetzes räumten den Berechtigten ein Wahlrecht ein zwischen Nachzahlung oder laufend höherer Monatsleistung. Dies war etwas, was sonst nur aus dem Teilhaberecht in § 8 SGB IX bekannt ist, was aber für eine Rentensachbearbeitung jenseits aller normalen Routinen liegt. Dass hierfür in jedem Einzelfall Proberechnungen erforderlich wurden, damit die Berechtigten ihre Wahl hinreichend gut beraten treffen konnten, hat die Bearbeitung natürlich erschwert.

4. Zeitliche Herausforderungen

Gem. § 9 Satz 2 SGB X ist das Verwaltungsverfahren nicht nur einfach und zweckmäßig, sondern auch »zügig durchzuführen«.

Das hohe Alter der Berechtigten nach dem ZRBG veranlasste das BMAS eine sog. Monitoring-Gruppe einzusetzen, die unter Leitung eines Staatssekretärs und unter Beteiligung der Jewish Claims Conference zusammen mit den Rentenversicherungsträgern und deren Aufsichtsbehörden die Umsetzung der neuen Rechtsprechung des Bundes-

³⁸ Eine Berücksichtigung der RVO (bzw. des AVG) ist im Einzelfall bei Neufeststellung einer Rente aufgrund des ZRBG erforderlich, wenn die Anspruchsvoraussetzungen der neu festzustellenden Rente bereits vor dem 01.01.1992 erfüllt sind. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist der Anspruch in diesem Fall unabhängig vom Zeitpunkt der Antragstellung mit dem Monatsersten nach Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen entstanden und die Rente nach den zu diesem Zeitpunkt geltenden Vorschriften (RVO-Recht) zu berechnen. Die ab 01.07.1997 maßgebenden Entgeltpunkte werden auf der Grundlage des RVO-Rechts unter zusätzlicher Berücksichtigung der Regelungen des ZRBG ermittelt.

sozialgerichts durch die Rentenversicherung begleiten sollte.³⁹ Die LGZRBG der Rentenversicherung hat Anfang Januar 2010 – auf eine Verständigung mit dem Ministerium verweisend – festgelegt, dass die ältesten Berechtigten möglichst schnell über ihre Ansprüche informiert und Leistungen erhalten sollten. Anwaltlich vertretene Antragssteller sollten nicht allein wegen der Vertretung zeitlich bevorzugt werden.

5. Externe Einflüsse

Auch außenpolitische Erwartungen waren durchgehend präsent⁴⁰ und wurden vom BMAS auch an die DRV und in die DRV-Lenkungsgruppe zum ZRBG vermittelt. Entscheidend waren für die Zeitvorgaben die regelmäßigen Konsultationen mit der israelischen Regierung auf Regierungs- oder Staatssekretärsebene. Deswegen mussten bis Ende 2013 alle Überprüfungsfälle in die Bearbeitung gelangt sein. Hinzu kamen dann nach den Neuwahlen 2013 und dem Koalitionsvertrag der neuen Großen Koalition die Kollisionen mit anderen rasch umzusetzenden Rechtsänderungen (Mütterrente I, Rente für besonders langjährig Versicherte nach § 236b SGB VI).

Die Rechtsaufsichten der Länder, die für die Regionalträger zuständig sind, haben sich in den entscheidenden Rechtsfragen unterschiedlich weit positioniert. Beim Thema Direktauszahlung an Berechtigte (s.u. unter 7.) gab es schon 2011 eine aufsichtsrechtliche Weisung, die der Bundesgesetzgeber dann 2014 mit § 4 ZRBG in der geänderten Fassung (etwas abgeschwächt) als Soll-Vorschrift sanktioniert hat.

Kontinuierlich haben die Parteien im Bundestag die Entwicklungen eng mitverfolgt. Zahlreiche Kleine Anfragen wurden und werden immer noch eingereicht.⁴¹

Ungefähr die Hälfte der ZRBG-Berechtigten wohnte oder wohnt in Israel. Für die DRV Rheinland als eine der Verbindungsstellen zu Israel nach dem deutsch-israelischen Sozialversicherungsabkommen ergab sich damit von der Anzahl der zu bearbeitenden Anträge die quantitativ größte Herausforderung. Es waren insbesondere die politischen Beziehungen zu Israel, in deren Kontext die Fragen der Zahlbarmachung von Renten aus Zeiten in einem Ghetto immer wieder erörtert wurden. So bestand ein regelmäßiger und intensiver Kontakt zum israelischen Ministerium für Senioren (Ministry for Senior Citizens). Innerstaatlich waren in den Abstimmungsprozessen neben dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales das Bundeskanzleramt und das Bundesministerium der Finanzen eingebunden. Das Auswärtige Amt wurde informiert. Über das Direktorium der Deutschen Rentenversicherung wurden politische Erwartungen in die Arbeit der LGZRBG vermittelt.

39 Rede des Bundesarbeitsministers Olaf Scholz vor der Bundesvertreterversammlung der Deutschen Rentenversicherung am 25.06.2009 <https://www.olafscholz.de/main/pages/index/p/5/1054/year/2009/page/6> (zuletzt abgerufen am 27.02.2020).

40 Aus dpa Meldung vom 17.03.2013 <https://www.swp.de/politik/inland/streit-um-rente-fuer-ghettoarbeiter-18956597.html> (zuletzt abgerufen am 27.02.2020).

41 Aus jüngster Zeit etwa BT-Drucks. 19/1252 vom 22.08.2019.

Die Jewish Claims Conference hatte – neben anderen Organisationen – einen wesentlichen Anteil daran, dass das ZRBG dann doch mit einer großen Zahl von Anträgen praktisch umgesetzt werden konnte. Im Fall der Berechtigten nach dem WGSVG und später nach dem ZRBG hatte sich schon vorher die JCC kontinuierlich um die Anerkennung von Rechten jüdischer Opfer des Nationalsozialismus bemüht.

Die in aller Regel gute Zusammenarbeit zugunsten der Berechtigten wurde besonders deutlich, als die Rentenversicherung 2010 Hinweise auf mögliche Betrugsfälle im Zusammenhang mit ZRBG-Leistungen erhielt,⁴² diesen Hinweisen mit Unterstützung der JCC aus Frankfurt nachgehen konnte, und Zahlungen – wo in seltenem Einzelfall begründet – auch stoppen konnte.

6. Finanzieller Regelungsbedarf

Wegen der Liquiditätssicherung (Bundesgarantie) und infolge des Finanzverbunds in der allgemeinen Rentenversicherung (§§ 214 und 219 SGB VI) waren die Kosten der ZRBG-Rentenzahlungen als solche – durchgehend seit 2002 über 2014 hinaus – aus den Mitteln der Rentenversicherung zu finanzieren

Mit dem § 5 Abs. 2 des ZRBG hatte der Gesetzgeber nämlich eine spezielle Verzinsungsvorschrift im ZRBG-ÄndG erlassen. Aufgrund der vorzunehmenden Neufeststellungen waren diese Renten nun überwiegend ab 01.07.1997 zu berechnen. Bis dahin waren die meisten Renten lediglich ab 01.01.2005 zu zahlen gewesen. So war jetzt mit einer Zinsquote von durchschnittlich 30 % auf die Nachzahlungsbeträge zu rechnen. Für diese veranschlagte das BMAS – bezogen auf alle Rentenversicherungsträger – etwa 340 Mio. €. Auf die DRV Nord entfielen dabei anteilig etwa 100 Mio. €. ⁴³ Für die Zinsen hat das im Verlauf des Jahres 2015 die spezielle Genehmigung sog. »überplanmäßiger Ausgaben« nach § 73 SGB IV durch den Vorstand erforderlich gemacht.

7. Anwälte

In manchen Akten sind sehr bewegende Schilderungen der Antragsteller enthalten, die keinen noch so routinierten Sachbearbeiter unbeeindruckt lassen. Der direkte Kontakt im weiteren Prüfungsprozess war dem gegenüber in aller Regel orientiert an den Verwaltungserfordernissen, wie Geburtsnachweisen etc.

Die Anträge auf ZRBG-Leistungen wurden recht rasch nach Inkrafttreten des ZRBG gestellt; dies geschah häufig nach entsprechender Beratung der Verbände über spezialisierte Anwälte im In- und Ausland.

42 Meldung vom 10.11.2010 <https://nypost.com/2010/11/10/42m-holocaust-fund-rip-off/> (zuletzt abgerufen am 27.02.2020).

43 Die laufenden Aufwendungen betragen (mit Stand 31.12.2018) p.a. 59,4 Mio. € für die 25.093 Bezieher/innen von Renten wegen Alters und 20,7 Mio. € für die Bezieher/innen von Renten wegen Todes (Statistik der Deutschen Rentenversicherung, Band 215 Rente 2018, S. 114.).

Die Spezialisierung von Rechtsanwälten, die in Deutschland die Anträge für ihre Mandanten gestellt haben und weiterverfolgt haben, war sicherlich ein positiver Aspekt, der die Klärung der schwierigen Rechtsfragen für die Berechtigten befördert hat.

Ist eine Rente einmal bewilligt, muss eine Sachbearbeitung auch immer genau darauf achten, dass die Zahlungen tatsächlich den oder die Richtige erreichen. Bei entsprechender Vollmacht kann das auch der Anwalt des Berechtigten sein.

Berechtigte im Ausland hatten in der Vergangenheit häufig Unterstützung durch inländische Rechtsanwälte erfahren. Zu Zeiten von Nachrichtungsverfahren nach den §§ 10/10a WGSVG i.V.m. den bilateralen Sozialversicherungsabkommen mit Israel und den USA waren die Nachzahlungen häufig über die Bevollmächtigten gelaufen, die ihrerseits einen wesentlichen Anteil an der Finanzierung der einzuzahlenden Nachversicherungsbeiträge hatten.

Bei den Nachzahlungen, die ab 2009 zu berechnen waren, war es auch vorgekommen, dass sich Anwälte in den Vollmachten ihrer Mandanten die Empfangsberechtigung für die dann zu bewilligenden Geldleistungen der Rentenversicherung erteilen ließen. Dies führte in Einzelfällen zu kritischen Nachfragen der unmittelbar Berechtigten, wenn diese am Ende – nach Abzug der Gebühren und Kosten der Anwälte – nur einen Teil der gezahlten Nachzahlung für sich erhielten.

Dies war der Auslöser für die neue Sonderregelung in § 4 ZRBG im Änderungsgesetz von 2014, nach der »Renten mit Zeiten nach diesem Gesetz ... nur unmittelbar an die Berechtigten gezahlt werden« sollten.

8. Registratur

Dass abgeschlossene Verfahren nach der Kehrwende-Rechtsprechung tatsächlich so rasch wieder aufgegriffen werden konnten, lag nicht zuletzt daran, dass die Rentenversicherung sich schon frühzeitig darauf verständigt hatte, auch bei Ablehnungsbescheiden intern nachhaltbar zu dokumentieren, aus welchen Gründen einem Antrag auf eine ZRBG-Rente nicht stattgegeben wurde. Bereits im Juli 2009 konnte deshalb schon damit begonnen werden, die Fälle wieder in die Hand zu nehmen, bei denen z.B. wegen der fehlenden Entgeltlichkeit eine Überprüfung und Bewilligung vorzunehmen war. Ohne diese Sorgfalt hätten viele tausend Fälle einzeln durchgeschaut werden müssen, und weitere Zeit wäre verloren gegangen.

VI. Schluss

Folgendes kann festgehalten werden:

- Wer politische Regelungsbedarfe mit Hilfe der Gesetzlichen Rentenversicherung umsetzen lassen möchte, zeigt, dass er – zu Recht – ein hohes Vertrauen in die Verwaltungskompetenz dieses Sozialversicherungsbereichs hat. Wenn aber dem Rentenrecht andere als Rentenzwecke unterlegt werden, ohne dass das wie im ZRBG hinreichend deutlich gemacht wurde, muss sich das für die Rentenverwaltung prägende Vorverständnis, die Systemkonkordanz, durchsetzen.

- Das ZRBG ist nicht immer in engen Kontakt zu den Fachleuten der Rentenversicherung vorberaten und entwickelt worden. Am Ende haben politische Erwägungen auf Regierungsseite Vorrang vor Hinweisen der Praktiker für die Umsetzung bekommen.
- Überarbeitungsbedarfe binden unverhältnismäßig viele Verwaltungsressourcen. Die Lehre aus den Veränderungen des ZRBG sollte insoweit sein, stets genau zu dokumentieren, um ggf. dann digital punktgenau suchen und finden zu können, wo konkret etwas ggf. zum zweiten Mal bearbeitet werden muss. Trotz guter Strukturierung und Statistikpflege bei allen Rentenversicherungsträgern ist hier im Zeitalter der digitalen Akte noch »Luft nach oben«. Die bewusste Entscheidung, nicht zu digitalisieren, womit den Vorgaben der relevanten Archivgesetze entsprochen wird, führt hier freilich zu einem Zieldilemma.
- Die Rentenversicherung wird immer wieder vom Gesetzgeber damit konfrontiert werden, rentenrechtlich das Rad der Geschichte ein bisschen zurückzudrehen, um rückwirkend etwas mehr an Gerechtigkeit für politisch relevante Zielgruppen zu realisieren. Das setzt den Erhalt historischer Kenntnisse und eines vertieften Verständnisses historischer Rechtsanwendungen voraus. Dies ist fast einzigartig im deutschen öffentlichen Recht, beinhaltet für die Rentenversicherung deshalb auch die Verantwortung, in der Ausbildung junger Mitarbeiter/innen diese historische Dimension zu erhalten.

Ghettorenten: Verfahren, Sachverhaltsermittlung und Gesetzesauslegung am Sozialgericht Hamburg im kritischen Rückblick

von Ursula Scheurer und Andreas Wittenberg

Übersicht

- I. ZRBG Verfahren in Hamburg
- II. Sachverhaltsermittlung durch das SG Hamburg
 1. Grundsatz der Amtsermittlung
 2. Aussagekraft der Wiedergutmachungsakten
 3. Eigene Recherche des Gerichts
 4. Bestellung historischer Sachverständiger
5. Klägerinnen und Kläger zu Wort kommen lassen
- III. Zum Zusammenhang von ZRBG-Auslegung und Ermittlungsaufwand
- IV. Zur Entwicklung der Rechtsprechung am SG Hamburg
- V. Persönliche Schlussbetrachtung

I. ZRBG Verfahren in Hamburg

Nach dem 2002 verabschiedeten und rückwirkend zum 01.07.1997 in Kraft getretenen »Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto« (ZRBG) gingen bei der Landesversicherungsanstalt (LVA) Hamburg, später Deutsche Rentenversicherung (DRV) Nord, bis Dezember 2016 ca. 33.000 Anträge von Überlebenden (und Hinterbliebenen von Überlebenden) überwiegend aus USA und Kanada ein.¹

Bundesweit lag die Ablehnungsquote durch die Rentenversicherungsträger anfangs bei 90 %. Auch bei der LVA Hamburg war sie außerordentlich hoch. Häufigste Begründung für die Ablehnung von Anträgen war, dass keine Beschäftigung aus eigenem Willensentschluss vorgelegen habe, sondern Zwangsarbeit geleistet und kein Entgelt gezahlt worden sei.

Dabei stützte sich der Rentenversicherungsträger zumeist auf Angaben, die die Überlebenden bis Anfang der 1970er-Jahre in den Wiedergutmachungsverfahren gemacht hatten. Dies war problematisch, weil die Fragestellungen dort auf dem vollständig anderen rechtlichen Hintergrund des Bundesentschädigungsgesetzes (BEG) beruhten und daher dem Begriff »Zwangsarbeit« damals eine andere Bedeutung zukam. Konsequenterweise sollte es nach der internen Arbeitsanweisung der LVA Hamburg eigentlich auch kein Ablehnungsgrund sein, wenn im BEG-Verfahren der Begriff »Zwangsarbeit«

1 Reuter, Ghettorenten, Tübingen 2019, S. 106: bis 12/2016: 27.799 Anträge aus USA, 5.073 aus Kanada, zusammen etwa 32 % aller bei den deutschen Rentenversicherungsträgern gestellten Anträge.

Zur Praxis der Ghettorentenverfahren in der damaligen LVA Hamburg, ab 01.10.2005 DRV Nord, vgl. den Beitrag von Tiemann, Herausforderungen der Verwaltung durch das ZRBG.

verwendet worden war. Vielmehr sollte die Anrechnung von Beitragszeiten im Ghetto großzügig geprüft werden.²

Die ersten auf das ZRBG gestützten Klagen gingen 2003 beim Sozialgericht (SG) Hamburg ein. Mit dem Thema »Ghettoarbeit« war das Gericht schon zuvor befasst gewesen. So lagen auch den BSG-Entscheidungen zum Ghetto Lodz vom 18.06.1997³ Sprungrevisionen gegen Urteile des SG Hamburg⁴ zugrunde, die Beschäftigungen aus eigenem Willensentschluss gegen Entgelt bejaht hatten.

Die Zuständigkeit des SG Hamburg für neu eingehende Klagen nach dem ZRBG endete mit dem 30.09.2005. Grund war die Zusammenlegung der norddeutschen LVAs zur Deutschen Rentenversicherung Nord, die ihren Sitz in Lübeck hat (§ 57 Abs. 3 SGG). Bis zu diesem Zeitpunkt gingen beim SG Hamburg 2.240 ZRBG-Klagen ein. Für diese Verfahren blieb das Gericht über den 30.09.2005 hinaus zuständig. Für nach diesem Zeitpunkt neu eingehende Klagen war das SG Lübeck örtlich zuständig.⁵ Erst 2009 war der Großteil der beim SG Hamburg anhängigen ZRBG-Verfahren abgeschlossen.

In den Jahren ab 2003 waren im SG Hamburg bis zu 12 Richterinnen und Richter ganz oder teilweise mit Angelegenheiten der gesetzlichen Rentenversicherung und damit auch mit den ZRBG-Verfahren befasst.

Kläger und Klägerinnen waren überwiegend aus Osteuropa stammende Überlebende (oder – in geringem Umfang – deren Nachfahren), die dort in jüdischen Ghettos hatten leben müssen und nach der Befreiung in die USA oder nach Kanada ausgewandert waren. In ihrer großen Mehrheit waren sie in den Verfahren anwaltlich vertreten, d.h. die Klagen wurden eingereicht von in Deutschland ansässigen Korrespondenzanwältinnen und – anwälten, die selbst keinen direkten Kontakt zu den Klägerinnen und Klägern hatten. Nur vereinzelt klagten Betroffene mit Unterstützung durch Organisationen oder ganz ohne anwaltliche Vertretung.

II. Sachverhaltsermittlung durch das SG Hamburg

1. Grundsatz der Amtsermittlung

Im sozialgerichtlichen Verfahren hat das Gericht »den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen« (Amtsermittlungsgrundsatz, § 103 Satz 1 SGG). Diese Aufgabe stellte die Richterinnen und Richter – wie auch die Rentenversicherungsträger, für die die Untersuchungsmaxime ebenso gilt – vor große Herausforderungen: Die Sachverhalte, die die Gerichte in den Verfahren nach dem ZRBG zu »erforschen« hatten, um beurteilen zu können, ob ein Anspruch auf »Ghettorente« besteht, lagen mehr als 60 Jahre zurück. Die meisten Überlebenden der Ghettos waren inzwischen verstorben, die im Verhältnis

2 Gemeinsame Arbeitsanweisung Erg.Lfg. N 13, Okt. 2003.

3 BSG, 5 RJ 66/95 und 5 RJ 68/95, beide juris.

4 SG Hamburg vom 21.07.1995, 20 J 1202/94 und 20 J 669/94, beide juris.

5 Vgl. zum Übergang der Zuständigkeit und der Praxis des SG Lübeck den Beitrag von Kaiser, Das ZRBG am Sozialgericht Lübeck.

dazu wenigen Klägerinnen und Kläger hochbetagt, ihr Erinnerungsvermögen und ihre Fähigkeiten, die maßgeblichen Sachverhalte präzise zu schildern, oftmals beeinträchtigt. Zudem waren die Klägerinnen und Kläger aufgrund ihres Wohnsitzes in den USA und Kanada in der Regel nicht ohne weiteres »heranzuziehen« wie § 103 Satz 1 SGG es vorsieht. Erreichte das Gericht sie doch, stießen die zahlreichen – aus Sicht der Adressaten belanglosen – Detailnachfragen des Gerichts, angesichts des durchlebten Leidens nachvollziehbar, zumeist auf komplettes Unverständnis.

Vor diesem Hintergrund gestaltete sich die Aufgabe, den Sachverhalt zu erforschen und dabei alle »vernünftigerweise zur Verfügung stehenden« Ermittlungsmöglichkeiten⁶ auszuschöpfen, schwierig. Auch wenn in ZRBG-Verfahren ein abgeschwächter Beweismaßstab gilt, wonach das Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen lediglich »glaubhaft« gemacht werden muss (§ 1 Abs. 2 ZRBG i.V.m. § 3 Abs. 1 WGSVG), kann ein Rentenanspruch doch nur bejaht werden, wenn das Gericht das Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale für überwiegend wahrscheinlich hält, d.h. mehr dafür als dagegen spricht, dass die für den Rentenanspruch erforderlichen Umstände tatsächlich vorlagen.

Nach diesen Maßstäben war es meist unproblematisch zu behaupten, dass es sich bei den Klägerinnen und Klägern um Verfolgte handelte, da dies bereits in den Wiedergutmachungsverfahren festgestellt worden war. Ebenso klar war in der Regel, dass das Ghetto, in dem sie leben mussten, in einem besetzten bzw. eingliederten Gebiet lag.

Schwierig zu klären war bisweilen allerdings, ob es sich bei dem Aufenthaltsort um ein Ghetto handelte. Dies zum einen in Abgrenzung zu Zwangsarbeitslagern, zum anderen im Hinblick auf die Frage, ob bzw. ab wann es sich um ein offenes oder geschlossenes Ghetto handelte, was insbesondere für Ostoberschlesien zunächst oft unklar war.⁷

Der eindeutige Schwerpunkt der gerichtlichen Ermittlungen betraf aber die Frage, ob die Klägerinnen und Kläger in dem Ghetto eine Beschäftigung »aus eigenem Willensentschluss« und »gegen Entgelt« ausgeübt hatten, wobei es aufgrund der in der Regel vorliegenden Verfolgungersatzzeiten (§ 250 Abs. 1 Nr. 4 SGB VI) für einen Rentenanspruch meist genügte, dass eine Ghetto-Beschäftigung gegen Entgelt in einem einzigen Monat ausgeübt wurde.

Zu den genannten Fragestellungen hat das SG Hamburg zunächst versucht, den Sachverhalt anhand des Vortrags der Klägerinnen und Kläger im Antrags- und Klageverfahren nach dem ZRBG und der Auswertung ihrer früheren Angaben, insbesondere in den BEG-Verfahren, zu beurteilen.

Die Angaben der Antragstellerinnen und Antragsteller auf den Vordrucken der Rentenversicherung waren häufig wenig aussagekräftig, sondern standardisiert. Nicht selten entstand der Eindruck, dass die in USA und Kanada tätigen Anwältinnen und Anwälte

⁶ *Leitherer*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl. 2017, § 103 Rn. 8.

⁷ Einzelheiten zum Ghettobegriff sind bis heute im Streit, siehe hierzu den Beitrag von Kaiser; s.a. die BSG-Verfahren B 13 R 3/19 R und B 13 R 9/19 R.

oder andere mit der Thematik befasste Institutionen, Anträge ohne jede individuelle Rücksprache gestellt hatten.

2. Aussagekraft der Wiedergutmachungsakten

Das Studium der Wiedergutmachungsakten mit ihren überwiegend in den 1950er und 1960er Jahren niedergelegten Aussagen der Klägerinnen und Kläger bzw. ihrer Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte erwies sich für die Zwecke des ZRBG als lange nicht so aufschlussreich wie von den damit befassten Richterinnen und Richtern zunächst erhofft. In diesen Verfahren ging es um Entschädigung für erlittenes Unrecht, insbesondere für Freiheitsentziehung (wozu gem. § 43 Abs. 2 und 3 BEG auch der »Zwangsaufenthalt in einem Ghetto« einschließlich »Zwangsarbeit unter haftähnlichen Bedingungen« gehörte) sowie für Körper- und Gesundheitsschäden oder »Schaden an Leben«. Für den Entschädigungsanspruch wegen eines Freiheitsschadens – für jeden Monat Aufenthalt einmalig 150 DM – genügte regelmäßig der zwangsweise Ghetto-Aufenthalt. Auf Details des Aufenthalts oder gar der dort geleisteten Arbeit kam es in den Wiedergutmachungsverfahren nach dem BEG in der Regel nicht an.⁸

Hilfreich waren die BEG-Akten dort, wo ein Ghettoaufenthalt konkret erwähnt wurde. Aussagekräftig für das ZRBG-Verfahren waren auch Angaben, die darauf hindeuteten, dass kein Ghettoaufenthalt vorlag, etwa wenn es im BEG-Verfahren hieß »ich war von 1940 an im Versteck und bin 1943 direkt deportiert worden«.

Dagegen ließen Angaben wie »1939 haben die Deutschen meine Heimatstadt besetzt, wir wurden zu schwersten Zwangsarbeiten von der Straße abgefangen und mussten ins Ghetto umziehen, wo wir auch Zwangsarbeit unter Bewachung leisten mussten und körperlichen Misshandlungen ausgesetzt waren« zwar auf den ersten Blick Zwangsarbeit vermuten, mithin keine Beschäftigung »aus eigenem Willensentschluss«, auf den zweiten Blick ist die Verwendung des Wortes Zwangsarbeit im BEG-Verfahren für die Sachverhaltsaufklärung nach dem ZRBG aber – wie oben dargelegt – wenig aussagekräftig, denn der Begriff der Zwangsarbeit wurde in den BEG-Verfahren (und darüber hinaus) für jegliche Arbeit im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Verfolgung verwendet.⁹

3. Eigene Recherche des Gerichts

Vor dem Hintergrund der geringen Aussagekraft der BEG-Akten war schnell klar, dass zur Prüfung der geltend gemachten ZRBG-Ansprüche weitergehende historische Sachverhaltsermittlungen erforderlich waren.

Dabei hat das Gericht bereits parallel zur Auswertung der BEG-Akten auf den vorhandenen Erfahrungsfundus aus der Zeit vor dem ZRBG zurückgegriffen und wegen

8 Grds. zum Verhältnis von Entschädigungs- und Rentenversicherungsrecht vgl. den Beitrag von *Knickrehm*, Entschädigung für Ghettoarbeit in der gesetzlichen Rentenversicherung.

9 Vgl. *Lehnstaedt*, Geschichte und Gesetzesauslegung, Osnabrück 2011, S. 61.

der erforderlichen Informationen zur Existenz bestimmter Ghettos, zu Arbeitsplätzen und Entlohnung von Arbeit von Ghettobewohnern bei verschiedenen nationalen und internationalen Institutionen und Archiven ermittelt, insbesondere in osteuropäischen Archiven, im Bundesarchiv, beim Archiv des Internationalen Suchdienstes des Roten Kreuzes in Bad Arolsen (ITS), dem Institut für Zeitgeschichte und in der Gedenkstätte Yad Vashem, ebenso bei der Jewish Claims Conference und der Stiftung *Erinnerung, Verantwortung und Zukunft*. Das Gericht hat außerdem zeitgeschichtliche Dokumente (z.B. »Amtlicher Anzeiger für das Generalgouvernement«) und Literatur, verschiedene Enzyklopädien, Verzeichnisse und Internetquellen (z.B. keom.de, deathcamps.org) ausgewertet.

Gleichwohl wurde zusehends deutlich, dass die zeitgeschichtlichen Hintergründe des Vortrags der Klägerinnen und Kläger auf diese Weise in den allermeisten Fällen kaum aufzuklären waren. Auch die vorliegenden historischen Gutachten aus den 1990er Jahren zum Ghetto Lodz im sog. Reichsgau Wartheland und zu einzelnen Fragen zur Region Ostoberschlesien von Andrzej Bodek waren allein nicht ausreichend.

Anhand des Vortrags von Klägerinnen und Klägern stellten sich sehr konkrete Fragen, die die Ermittlungsmöglichkeiten der Richterinnen und Richter überforderten, z.B.: War es im Ghetto Krakau tatsächlich möglich, sich zu einer bestimmten Arbeit zu melden oder eine andere Arbeit abzulehnen? Konnte man vom Ghetto aus zu seiner alten Arbeitsstelle gehen, bei der man schon vor der Besetzung Polens tätig gewesen war? War es vorstellbar, dass Verfolgte sich aus eigenem Willensentschluss zu schwerster Arbeit, z.B. im Straßenbau, meldeten? Und welche Unterschiede gab es im Hinblick auf diese Fragen in den verschiedenen Ghettos? Konnte eine Arbeit aus eigenem Willensentschluss aufgenommen sein, wenn man auf dem Weg zum Arbeitsplatz bewacht wurde?

Auf derartige Fragen gab es im Rahmen der bisherigen Ermittlungen keine befriedigenden Antworten.

Schwesternhelferin im Ghetto Warschau (Auszüge aus SG Hamburg, S 20 R 1485/05, Urt. v. 15.08.2006, juris)

Angaben der Klägerin (geb. 1920) im BEG-Verfahren 1956: »Bei Beginn der Verfolgung wohnte ich in Warschau. (...) Wir Juden wurden verpflichtet, die weiße Armbinde mit blauem Stern zu tragen und Zwangsarbeit zu leisten. (...) Das Ghetto wurde im August 1940 errichtet. Die notwendigsten Lebensmittel haben wir durch den Judenrat bezogen. Mein Bruder ist ein Arzt und er arbeitete im jüdischen Spital. Ich habe auch in dem Spital gearbeitet. Ich war im Ghetto Warschau bis April 1943.«

Klägerin im BEG-Verfahren (Antrag auf Entschädigung wegen Schaden an Körper und Gesundheit) **1962 und 1965**: »Ich kam ins Ghetto Warschau und musste unter unmenschlichen Umständen schwere Arbeit verrichten. Ich litt sehr an Hunger und anderen Entbehrungen. (...) Ich musste in das Ghetto Warschau,

wo ich schwere Zwangsarbeit verrichten musste und sehr an Hunger und Erniedrigungen durch die SS litt.«

Klägerin 2003 im Antragsformular nach dem ZRBG: »Ghetto Warschau, Mitte November 1940 bis Mitte April 1943, C.-Krankenhaus, Schwesternhelferin.«

Bescheid Beklagte 2004: Es sei nicht glaubhaft gemacht, dass es sich um eine entgeltliche Beschäftigung aus freiem Willensentschluss gehandelt habe.

Widerspruch Klägerin: Sie habe die Arbeit als Schwesternhelferin freiwillig aufgenommen, um zu überleben. Ihre Bezahlung habe hauptsächlich aus den Lebensmitteln bestanden, von denen sie gelebt und die sie mit den Patienten geteilt habe.

Klägerin auf Nachfrage der Beklagten: Sie habe innerhalb des Ghettos im C.-Hospital Patienten gewaschen und gefüttert, Wäsche gewaschen, sauber gemacht. Arbeitgeber sei der Judenrat gewesen. Sie sei während der Arbeit bewacht worden durch bewaffnete Soldaten, Polizisten. Sie habe nur Lebensmittel erhalten. Die Arbeit habe sie freiwillig, durch eigene Bemühungen und durch Vermittlung des Judenrats erhalten.

Klägerin auf Aufforderung der Beklagten, ihre widersprüchlichen Angaben aus dem Entschädigungsverfahren und dem Rentenverfahren zu erklären: »Um der Deportation und dem Tod zu entgehen, habe ich die Arbeit als freiwillige Krankenschwestern-Helferin angenommen. Ich bin zum Judenrat gegangen. Ich hatte nicht erwartet, dass die Bedingungen im Krankenhaus so inhuman waren. Als ich aber begonnen hatte mit der Arbeit `with soldiers, police in charge' (*unübersetztes Zitat*) war es harte Zwangsarbeit. Wir waren überarbeitet, die Knappheit von allem war unglaublich. Wir waren Angst, Hunger, Typhus ausgesetzt, nur um einiges zu erwähnen und ... der Deportation. Aber ich hatte keine Wahl, es war die Hölle und ich wurde deportiert. Verzeihung, ich wollte nicht so »morbid« sein, aber niemand von meinen Freunden vom Krankenhaus hat überlebt, so weit ich weiß.

Widerspruchsbescheid 2005: Im Verfahren wegen Körperschaden habe die Klägerin angegeben, sie habe unter unmenschlichen Bedingungen schwere Arbeit verrichten müssen. Im Rentenverfahren habe sie eine Beschäftigung als Schwesternhelferin im Warschauer Ghetto angegeben. Nach dem nun vorliegenden Ghettofragebogen sei die Klägerin während der Arbeit bewacht worden. Die Bewachung am Arbeitsplatz sei Merkmal für ein Zwangsarbeitsverhältnis. Auch eine Entgeltzahlung i.S.d. ZRBG sei nicht ausreichend glaubhaft gemacht, denn die Klägerin habe als Entlohnung Essen erhalten, welches sie mit den Patienten geteilt habe.

Klägerin im Klageverfahren vor dem Sozialgericht 2005: So weit sie sich nach über sechzig Jahren erinnern könne, sei sie mit Nahrungsmitteln entlohnt worden, mit viel Essen aus der Krankenhausküche, mit Nahrungsmitteln vom Judenrat. Nahrung sei das Wichtigste im Ghetto gewesen. Sie habe ihre Lebensmittel

mit den Patienten geteilt. Sie hätten Nahrungsmittel gegen Kleidung, Schuhe, Winterstiefel, und »die von uns benötigte Wärme (Kohle)« eintauschen können, so hätten sie ihren Familien helfen können, am Leben zu bleiben, sie hätten lebensnotwendige Dinge benötigt. Es habe im Ghetto keine Geschäfte gegeben, sie hätten Nahrungsmittel gegen alles eingetauscht.

Auf Nachfrage des Gerichts: Die Arbeit sei hart aber nicht erzwungen gewesen. Es sei schwer für sie, auf die Kriegsjahre zurück zu kommen, sie habe diese Erfahrung in ihrem Leben stets vergessen wollen und es sei ihr fast gelungen. Man habe einige Empfehlung benötigt, um freiwillige Helferin im Krankenhaus zu sein. Am Anfang habe sie zum zugeteilten Krankenhaus und zurück nach Hause zu Fuß gehen können. Später seien sie zu ihrer eigenen Sicherheit begleitet worden, da sie wichtige Arbeiter gewesen seien und um sie vor Straßenüberfällen zu schützen.

Nur ausnahmsweise konnten allgemeine Informationen über die Arbeit in bestimmten Ghettos von Zeitzeugen erlangt werden, so im Rahmen eines Gesprächs eines Kammervorsitzenden des Gerichts mit dem Betriebsleiter der Karpathen-Öl AG Berthold Beitz über die Tätigkeit von Ghettobewohnern bei der Erdölgewinnung in Galizien.

Erkenntnisse über einzelne Tätigkeitsfelder erbrachten auch Recherchen in archivierten Strafverfahrens- und Entnazifizierungsakten, die auf Initiative einer anderen Vorsitzenden beigezogen werden konnten und Erkenntnisse über die Arbeit von Juden für in Osteuropa ansässige deutsche Rüstungs- und Straßenbauunternehmen erbrachten, die häufig weit über den Einzelfall hinaus nützlich waren.

Insgesamt blieb es aber außerordentlich schwierig, Feststellungen zu treffen, die ermöglicht hätten, die Angaben der Kläger und Klägerinnen zu ihrer Tätigkeit im Ghetto auf Plausibilität zu prüfen, um beurteilen zu können, ob der Vortrag glaubhaft, also überwiegend wahrscheinlich, war oder nicht.

Vor diesem Hintergrund waren sich die mit dem ZRBG befassten Vorsitzenden kammerübergreifend einig, dass die Sachverhaltsermittlungen allein mit Bordmitteln des Gerichts nicht die erforderlichen Erkenntnisse bringen würden. Wie bei anderen Ermittlungsbedarfen – etwa medizinischer, berufskundlicher oder technischer Art – sollte externer, hier geschichtswissenschaftlicher, Sachverstand herangezogen werden.

4. Bestellung historischer Sachverständiger

In enger Zusammenarbeit der Vorsitzenden konnten nach einem Vorgespräch mit Professor Frank Golczewski vom Institut für Osteuropäische Geschichte der Universität Hamburg er selbst und weitere Historikerinnen und Historiker gewonnen werden, die bereit und in der Lage waren, Überblicksgutachten zu den Verhältnissen in den deutsch besetzten Gebieten Osteuropas, insbesondere den Arbeits- und Lebensverhältnissen der jüdischen Bevölkerung in den Ghettos, zu erstellen. Die Sachverständigen standen dabei vor erheblichen Herausforderungen, mussten doch auch sie die historischen Fak-

ten insbesondere im Hinblick auf die weniger aufgearbeiteten Regionen und Ghettos unmittelbar im Rahmen der Gutachterenerstattung zunächst einmal selbst recherchieren.

Die ersten Gutachtaufträge an Professor Frank Golczewski, nämlich zum sog. Generalgouvernement mit den Ghettos Warschau, in dem 450.000 Menschen lebten, und Krakau (18.000 Menschen), zu Ostoberschlesien und zum Regierungsbezirk Zichenau ergingen am 24.05.2005. Es folgten zahlreiche Aufträge zu weiteren für die am Gericht anhängigen Klageverfahren maßgeblichen Gebieten. Für die Erstellung von Gutachten über die Verhältnisse in den litauischen Ghettos konnte das Gericht Professor Joachim Tauber (Nordost-Institut Lüneburg) gewinnen, für Ungarn und speziell Budapest Dr. Hildrun Glass, für Lettland Dr. Katrin Reichelt.

Den Beweisanordnungen zugrunde lagen zunächst fall- und kammerübergreifende Fragen des Gerichts, die sich auf die Verhältnisse in den Ghettos, insbesondere auf Arbeitstätigkeit und Entlohnung der jüdischen Bevölkerung in dem jeweiligen Gebiet, bezogen. Die Reihenfolge, in denen die Gutachtaufträge vergeben wurden, richtete sich nach der Anzahl der anhängigen Klagen zu einer Region.

Beispiele für Beweisfragen (Überblicksgutachten)

1. In welchem Zeitraum wurden Ghettos, in denen sich die jüdische Bevölkerung aufhalten musste, eingerichtet und wann wurden sie aufgelöst?
2. Welche Vorschriften (Verordnungen/Weisungen/Erlasse etc.) regelten die Arbeitstätigkeit allgemein und ggf. speziell für die jüdische Bevölkerung? Gab es spezielle Regelungen über Entlohnung und/oder Sozialversicherungsbeiträge und/oder sonstige Abzüge vom Lohn?
3. Welche Erkenntnisse existierten insoweit über die Rechtswirklichkeit? D.h. wurden die entsprechenden Vorschriften in der Regel von den Betrieben und der Ghettoverwaltung umgesetzt?
4. War überall ein Judenrat eingerichtet? Wenn ja, welche Aufgaben und Kompetenzen hatte er im Hinblick auf Arbeitsverwaltung, Entlohnung und die Versorgung des Ghettos?
5. Welche eventuell andere Einrichtung/Organisation hat die Arbeit verteilt?
6. Wie waren bei Beteiligung mehrerer Stellen (Judenrat, Arbeitsamt, Zivilverwaltung, private Firmen/Arbeitgeber, Wehrmacht, SS, SD etc) die konkreten Abläufe im Hinblick auf Verteilung und Bezahlung der Arbeit?
7. Konnten die Ghettabewohner/innen selbst entscheiden, ob sie eine Tätigkeit aufnehmen?
8. Konnten die Ghettabewohner/innen selbst entscheiden, welche Tätigkeit sie ggf. aufnehmen?
9. Konnten die Ghettabewohner/innen sich selbst Arbeit suchen?
10. Gab es Tätigkeiten, die ausschließlich obrigkeitlich zugewiesen wurden? Kann man ausgeübte Tätigkeiten insoweit typisieren? Wie wären insbesondere Straßenreinigungs-/Aufräumarbeiten und Arbeiten im Straßenbau zu typisieren?

11. Wie beschafften die deutsche Wehrmacht, SS, SD jüdische Arbeitskräfte für private, dienstliche und militärische Bedarfe?
12. Gab es für Arbeit eine Gegenleistung? Gab es ein allgemeingültiges Zahlungsmittel?
13. Für den Fall einer Entlohnung, die nicht in Geld oder Marken bestand, sondern lediglich in Form von Nahrungsmitteln: Ist davon auszugehen, dass Lebensmittelrationen auch ausreichend waren für die Versorgung von Familienangehörigen und/oder für Tauschgeschäfte, z.B. für Kleidung, Schuhe, medizinische Versorgung? Gab es Einkaufsmöglichkeiten oder wie verschafften sich die Ghattobewohner/innen – im Rahmen der beschränkten Möglichkeiten – sonst Nahrung, Kleidung und andere Bedarfsgegenstände?
14. Welche Erkenntnisse gibt es hinsichtlich der Beschäftigung und Entlohnung von Kindern?

Im weiteren Verlauf der Ermittlungen wurden immer detailliertere Informationen über die Verhältnisse in einzelnen Ghettos oder an einzelnen Arbeitsstätten erforderlich, um den Vortrag der Klägerinnen und Kläger beurteilen zu können. Dabei ging es zentral um die Frage der Aufnahme und Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen der Ghattobewohner. Das Gericht hat deshalb auch fallbezogene Beweisanordnungen zu einzelnen Ghettos und Arbeitsstätten erlassen, für die zum Teil Archiv-Recherchen, überwiegend in polnischen Archiven, aber auch in Yad Vashem, vorgenommen wurden. Hierfür konnte insbesondere die Historikerin Dr. Imke Hansen gewonnen werden.

Es stellte sich mehr und mehr heraus, dass die Aspekte, auf die es im Rahmen des ZRBG ankam, d.h. insbesondere die Frage nach Möglichkeiten, aus eigenem Willensentschluss tätig zu werden und nach einer Gegenleistung für derartige Tätigkeiten, zumeist noch nicht Gegenstand der historischen Forschung gewesen waren und die Recherchen nicht selten – selbst für die Sachverständigen – überraschende Erkenntnisse ergaben.

War zunächst angenommen worden, dass die besonders schweren Arbeiten im Straßenbau, die aus den Ghettos des Generalgouvernements heraus verrichtet wurden, eher nicht aus eigenem Willensentschluss erfolgten, war dies im Verlauf der Forschung nicht mehr haltbar. Neue Erkenntnisse über die Umsetzung des Arbeitszwangs durch die Judenräte, Aufruf zu gleichsam »freiwilliger Zwangsarbeit« und »Vertretersysteme«, bei denen Personen andere dafür bezahlten, sich für die zu leistende Zwangsarbeit zu melden, stellten frühere Annahmen über den »eigenen Willensentschluss« i.S.d. ZRBG grundlegend in Frage.

5. Klägerinnen und Kläger zu Wort kommen lassen

Erst spät wurde von Seiten einiger Klägerinnen und Kläger – bzw. ihrer Prozessbevollmächtigten – darauf hingewiesen, dass sie vor Jahren zu ihrem Verfolgungsschicksal vom *Spielberg Shoah Foundation Institute for Visual History and Education* (FU Berlin) interviewt worden waren und davon Video-Aufzeichnungen existierten, die das Gericht

dann mit Einverständnis der Betroffenen heranziehen und in der mündlichen Verhandlung vorspielen und auswerten konnte.

Neben schriftlichen Anhörungen der Klägerinnen und Kläger durch das Gericht (§ 62 SGG) wurden teilweise auch Anhörungen im Wege der Rechtshilfe durch deutsche Auslandsvertretungen (konsularische Anhörungen nach Art. 19 Abs. 1 KonsularG) in den Räumen des jeweiligen Konsulats oder bei den Zeuginnen und Zeugen bzw. Klägerinnen und Klägern zu Hause veranlasst.

Leider nur ganz vereinzelt sind Klägerinnen und Kläger auf eigenen Wunsch oder auf Anfrage des Gerichts zur mündlichen Verhandlung nach Hamburg angereist und haben dort ausgesagt. Wenn die Klägerinnen bzw. Kläger ankündigten oder den Wunsch äußerten, zum Termin zu kommen, wurde das persönliche Erscheinen angeordnet. Reise- und Übernachtungskosten wurden dann durch die Staatskasse übernommen.

Niederschrift einer mündlichen Verhandlung, zu der der Kläger aus Kanada angereist war, SG Hamburg S 20 R 862/05, 16.10.2008 (Auszüge)

Beginn der Verhandlung: 10:05 Uhr, Ende der Verhandlung: 12:15 Uhr

Die Vorsitzende eröffnet die mündliche Verhandlung und trägt den Sachverhalt vor.

Die Beteiligten erhalten Gelegenheit zur Ergänzung und Stellungnahme.

Der Kläger erklärt:

Als ich den Rentenantrag gestellt habe, hat mir eine Frau bei der kanadischen Arbeitslosenversicherung geholfen. Diese Frau hat deutsch und englisch gesprochen. Mit mir sprach sie englisch.

Als wir in Theresienstadt angekommen sind, habe ich in der Baracke »Hannover« leben müssen. Sie haben mich dann direkt zu einer Arbeit herangezogen bei der Errichtung von weiteren Baracken. Zu diesem Zeitpunkt kamen nämlich sehr viele Transporte nach Theresienstadt, so dass zusätzlicher Bedarf an Baracken bestand. Diese Arbeit war aber für mich als 14jähriger Junge zu schwer. Ich musste nämlich schweres Holz auf das Dach schleppen. Dann haben sie mich in die Gemüsegärten der SS geschickt, dies war eine Arbeit an der frischen Luft und sie war einfach. Man musste nur das Gemüse pflanzen. Die Arbeit wurde bewacht von SS-Männern.

Auf Nachfrage:

Sie haben mich zusammen mit vielleicht 40 anderen Jungen zum Judenrat geholt und gefragt, ob ich in der Landwirtschaft arbeiten wolle. Da habe ich gesagt: »Klar!« Es gab in Theresienstadt mehr Leute als Arbeit. Wer keine Arbeit hatte, hat weniger Nahrungsmittel erhalten und vor allem die alten Menschen im Ghetto sind verhungert. Deswegen war jeder an Arbeit interessiert. Ich empfinde

es vor diesem Hintergrund aber nicht als freie Entscheidung, die Arbeit gemacht zu haben. Den mir erklärten Unterschied zwischen eigener Willensentscheidung und freiem Willen empfinde ich als Haarspalterei. ...

Ghettogeld habe ich nicht bekommen, weil ich zu jung war. Die Älteren haben Ghettogeld bekommen. Man konnte davon z.B. Kleidung kaufen, in dem Laden, in dem mein Vater im Ghetto gearbeitet hat.

Die Vorsitzende überreicht den Beteiligten die anonymisierte Niederschrift vom 28.03.2008 in dem Rechtsstreit LSG Nordrhein-Westfalen L 8 R 334/06 einschließlich des der Niederschrift beiliegenden Dokuments der »Bank der jüdischen Selbstverwaltung« vom 8.Mai1943. Diesem Dokument zufolge erfolgte die Auszahlung des rückwirkend zum Januar 1943 eingeführten Ghettogeldes für Kinder einschließlich Geburtsjahr 1927 an deren Eltern.

Auf Nachfrage der Vertreterin der Beklagten betreffend die Arbeit in der Landwirtschaft erklärt der Kläger:

Wenn ich gesagt hätte, ich mache diese Arbeit nicht, hätte ich einfach weniger Essen bekommen, keine weitere Strafe.

Die Kammer zieht sich zur Zwischenberatung zurück (11:50 – 12:01 Uhr). Die Verhandlung wird fortgesetzt.

Die Vorsitzende gibt das Ergebnis der Zwischenberatung bekannt. Danach sind die Voraussetzungen nach dem ZRBG erfüllt und zwar bereits ab Aufnahme der Tätigkeit in der Landwirtschaft bei der SS.

Die Vertreterin der Beklagten erklärt:

1. Die Beklagte hebt den Bescheid vom 01.06.2004 und den Widerspruchsbescheid vom 21.03.2005 auf und gewährt dem Kläger Regelaltersrente unter Berücksichtigung einer Ghettobeitragszeit im Ghetto Theresienstadt von Mitte März 1943 bis September 1944 sowie verfolgungsbedingten Ersatzzeiten nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen.
2. Die Beklagte trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Klägers.

Der Kläger erklärt:

Ich nehme das Anerkenntnis der Beklagten an, damit ist der Rechtsstreit erledigt.

III. Zum Zusammenhang von ZRBG-Auslegung und Ermittlungsaufwand

Die Notwendigkeit der dargestellten breiten Ermittlungsbemühungen und die mit ihnen einhergehende Bindung von Arbeitskraft waren in der Sozialgerichtsbarkeit umstritten. Ohnehin war die Gerichtsbarkeit ab 2005 durch die aufgrund der sog. »Hartz-4-Reform« neue Zuständigkeit für die Grundsicherung für Arbeitsuchende, die Sozialhilfe und das Asylbewerberleistungsrecht trotz Personalverstärkung schon hochbelastet. Zu-

sätzliche Stellen für Verfahren nach dem ZRBG wurden in der Sozialgerichtsbarkeit jedenfalls in Hamburg nicht geschaffen, so dass die aufwendige Ghetto-Ermittlungsarbeit nicht aufgefangen werden konnte.

Dabei gilt bei der Anwendung des ZRBG wie bei anderen Leistungsgesetzen: Für eine zusprechende Entscheidung des Gerichts müssen zahlreiche Tatbestandsmerkmale geprüft und bejaht werden. Hingegen genügt es für eine klagabweisende Entscheidung, wenn nur ein einziges zwingendes Tatbestandsmerkmal fehlt. So folgen aus unterschiedlichen Rechtsauffassungen bisweilen auch unterschiedlich aufwendige Ermittlungsanforderungen.

Bis zur Klärung durch das BSG gab es Rechtsauffassungen zum ZRBG, in deren Konsequenz aufwändige historische Sachverhaltsermittlungen häufiger entbehrlich waren:

So wurde, gestützt auf § 306 Abs. 1 SGB VI, die grundsätzliche Anwendbarkeit des neuen ZRBG für sog. »Bestandsrentner« in Frage gestellt. Hierzu gehörte insbesondere eine nicht geringe Zahl von Ghetto-Überlebenden, die nach der Befreiung bis Ende 1949 Kinder bekommen hatten und denen deshalb Kindererziehungszeiten angerechnet wurden. Aufgrund dessen und unter Berücksichtigung der Ersatzzeiten wegen nationalsozialistischer Verfolgung bezogen die betreffenden Frauen schon vor Inkrafttreten des ZRBG meist Kleinstrenten von regelmäßig deutlich unter 80 DM monatlich. Seitens des SG Düsseldorf, das für in Israel lebende Klägerinnen und Kläger zuständig ist, wurde diesen Versicherten in Entscheidungen vier verschiedener Kammern mit Verweis auf die bereits gewährten Kleinstrenten ZRBG-Ansprüche daher grundsätzlich abgesprochen.¹⁰ Im Sprungrevisionsverfahren entschied das BSG mit Urteil vom 03.05.2005,¹¹ dass dies Sinn und Zweck des ZRBG zuwiderlaufe.

Von weit höherer quantitativer Relevanz war eine 2005, drei Jahre nach Verabschiedung des ZRBG, unvermittelt auftauchende Rechtsauffassung, wonach die Anwendbarkeit des ZRBG die Zugehörigkeit der Ghetto-Überlebenden zum deutschen Sprach- und Kulturkreis (dSK) voraussetze. Da nur eine sehr kleine Gruppe der ZRBG-Klägerinnen und Kläger dem dSK angehörte, wäre für die übergroße Mehrheit ein Anspruch nach dem ZRBG danach gar nicht in Betracht gekommen. Die Arbeiterleichterung, die diese Gesetzesauslegung für Rentenversicherung und Gerichte – im Sinne der Konzentration auf ein, meist abzulehnendes und damit aufwendige historische Ermittlungen entbehrlich machendes, Kriterium – bedeutet hätte, liegt auf der Hand.

Die Auffassung, dass nur Zugehörige zum dSK einen Anspruch auf Ghettorenten haben könnten, war in den Verwaltungsverfahren nicht vertreten worden. Sie wurde auf einer bundesweiten, vom LSG NRW initiierten Tagung im November 2005 von Seiten eines BSG-Richters eingebracht. In der Rechtsprechung fand sie daraufhin durchaus nennenswerten Niederschlag.¹² Das die Notwendigkeit des dSK verneinende Urteil des

10 SG Düsseldorf 08.07.2004, S 10 RJ 57/03; 21.07.2004, S 39 RJ 140/03; 29.07.2004, S 15 RJ 84/03 und 11.08.2004, S 5 RJ 23/03, alle juris.

11 B 13 RJ 34/04 R, BSGE 94, 294, SozR 4-2600 § 36 Nr. 1, Rn. 28 ff.

12 LSG NRW 13.01.2006, L 4 RJ 113/04; seitens des LSG Hamburg 15.12.2005, L 6 RJ 24/03, zwar offen gelassen, jedoch mit deutlicher Positionierung im Sinne dieser Rechtsauffassung, alle juris.

4. Senats des BSG vom 14.12.2006¹³ erhielt zunächst wenig positive Resonanz. Erst mit Urteil vom 26.07.2007¹⁴ wurde eine Entscheidung des LSG NRW, welches die Zugehörigkeit zum dSK für erforderlich gehalten hatte, auch vom 13. Senat des BSG aufgehoben und der Rechtsstreit zurück verwiesen.

Die Rentenkammern des SG Hamburg hatten sich den Rechtsauffassungen zum Ausschluss von »Bestandsrentnern«¹⁵ sowie von Ghetto-Überlebenden, die dem dSK nicht angehörten,¹⁶ von vorneherein übereinstimmend nicht angeschlossen. Ein weitaus höherer Aufwand für die Sachverhaltsaufklärung war damit unumgänglich.

IV. Zur Entwicklung der Rechtsprechung am SG Hamburg

Die Sachverständigen-Gutachten und die durch sie initiierte historische Forschung über die zeitgeschichtlichen Verhältnisse in den Ghettos und die Bedingungen der Ghetto-Arbeit führten zu einer nicht erwarteten Dynamik hinsichtlich der Bewertung der Angaben der Klägerinnen und Kläger und darüber hinaus hinsichtlich der Auslegung des Gesetzes. Je mehr historische Erkenntnisse, insbesondere durch Gutachten, später auch durch die Interview-Aufzeichnungen, vorlagen, desto häufiger konnte der geltend gemachte Anspruch zuerkannt werden, sei es durch zusprechende Urteile, im Vergleichswege oder durch Anerkenntnisse seitens der LVA Hamburg bzw. der DRV Nord.

Das erste Urteil des SG Hamburg, mit dem eine Rente nach dem ZRBG zugesprochen wurde, erging im Jahr 2005. Es folgten weitere zusprechende Entscheidungen, in denen sich die verschiedenen Rentenkammern des Gerichts insbesondere mit den unbestimmten Rechtsbegriffen *eigener Willensentschluss* und *Entgelt* auseinandersetzten (siehe Presseerklärung des Gerichts vom 11.07.2006).

Presseerklärung vom 11.07.2006

Sozialgericht Hamburg erkennt Rentenansprüche aus Ghetto-Beschäftigungszeiten an

Die Kammern 9, 10, 19 und 20 des Sozialgerichts Hamburg haben mit Urteilen v. 09.02.2006 (Az. S 9 RJ 896/03 und S 9 RJ 1044/03), v. 03.05.2006 (Az. S 10 RJ 944/03), v. 17.06.2005 (Az. S 19 RJ 1061/03) und v. 02.05.2006 (Az. S 20 RJ 611/04) in fünf Fällen Überlebenden der Judenverfolgung, die während der Besetzung Polens durch deutsche Truppen in verschiedenen NS – Ghettos gearbeitet hatten und nach dem 2. Weltkrieg in die USA ausgewandert waren, aufgrund dieser Beschäftigungszeiten Rentenansprüche gegen die Deutsche Rentenversicherung Nord zuerkannt.

13 B 4 R 29/06 R, BSGE 98, 48, SozR 4-5075 § 1 Nr. 3.

14 B 13 R 28/06 R, BSGE 99, 35, SozR 4-5075 § 1 Nr. 4, Rn. 16 ff.

15 Mehrere Zwischenurt. v. 08.10.2004, u.a. S 15 RJ 568/03, juris.

16 U.a. SG Hamburg 09.02.2006, S 9 RJ 896/03; 24.08.2006, S 10 RJ 855/04; 19.10.2006, S 11 RJ 1107/03, alle juris.

Die Entscheidungen sind auf das im Jahre 2002 verabschiedete Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto <ZRBG> gestützt. Da dieses Gesetz zwar Entschädigungscharakter hat, aber im Rentenversicherungsrecht angesiedelt ist, gelten die allgemeinen Grundsätze des Rentenrechts. Die Gewährung einer Rente setzt deshalb insbesondere voraus, dass eine Beschäftigung im Ghetto aus eigenem Willensentschluss zustande gekommen ist und gegen Entgelt ausgeübt wurde (§§ 1 und 2 ZRBG).

In den genannten Entscheidungen des Gerichts sind diese Voraussetzungen für fünf ehemalige jüdische Arbeitskräfte, die sich zwangsweise in den Ghettos Piotrkow (Petrikau), Wadowice, Kielce und Czeszochowa (Tschenschowau) aufhalten mussten, als erfüllt angesehen worden. Unter Anrechnung der zwischen 1940 und 1943 zurückgelegten Ghetto – Beschäftigungszeiten und weiterer verfolgungsbedingter Ersatzzeiten waren die Voraussetzungen für eine Altersrente erfüllt. Grundlage der getroffenen Tatsachenfeststellungen und Beurteilungen waren das jeweilige individuelle Vorbringen, eingehende Auswertungen der Entschädigungsakten aus den 50er und 60er Jahren, verschiedener Rechtsverordnungen und Anordnungen der deutschen Besatzungsmacht, von Literaturquellen, Auskünften des Internationalen Suchdienstes Arolsen und örtlichen Archiven in Polen sowie Quellen aus dem Internet. Das Gericht hat außerdem aktuelle geschichtswissenschaftliche Gutachten u.a. zu den Lebens- und Arbeitsbedingungen in den Ghettos eingeholt. Bei der Beweiswürdigung hat das Gericht das hohe Alter der Kläger, die Umstände der Arbeit und die gesundheitlichen und seelischen Spuren der Verfolgung sowie Schwierigkeiten der Erinnerung nach über 60-jährigem Zeitablauf berücksichtigt.

In rechtlicher Hinsicht war die Abgrenzung einer aus eigenem Willensentschluss aufgenommenen Beschäftigung zur obrigkeitlich zugewiesenen Zwangsarbeit und eine Definition des »Entgelts« vorzunehmen. Die vier Kammern des Gerichts stimmen in der Auffassung überein, dass in den entschiedenen Fällen eine Beschäftigungsaufnahme aus freiem Willensentschluss nicht daran scheiterte, dass die Betroffenen im Entschädigungsverfahren von Zwangsarbeit gesprochen hatten oder sie nach ihren Angaben auf dem Weg von und zur Arbeit bewacht worden waren. Der gesetzlich geforderte »eigene Willensentschluss« war auch dann gegeben, wenn die Beschäftigung gesucht und gefunden wurde, um unter den zunehmend katastrophalen Lebensbedingungen der Ghettos überleben zu können und der Deportation und Vernichtung zu entgehen. Auch eine Bewachung auf dem Weg von und zur Arbeit sei nicht Folge eines Arbeitszwangs aufgrund obrigkeitlicher Anordnung gewesen, sondern habe der Durchsetzung des Zwangsaufenthalts im Ghetto gedient. Die Entgeltlichkeit der Beschäftigung wurde auf den 1939 im Verordnungsweg begründeten Lohnanspruch jüdischer Beschäftigter, mögliche Lohnzahlungen an die sog. Judenräte bzw. auf zusätzliche Lebensmittelrationen gestützt. Gerade zusätzliche Lebensmittel seien unter Ghettobedingungen besonders wertvoll und oft entscheidend für das Überleben ganzer Familien gewesen.

In Auseinandersetzung mit den Entscheidungen des BSG vom 07.10.2004¹⁷ und 20.06.2005,¹⁸ mit denen an der tradierten Auslegung dieser Tatbestandsmerkmale auch in Anbetracht der Bedingungen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft festgehalten wurde, entwickelte sich am SG Hamburg vor dem Hintergrund der gewonnenen historischen Erkenntnisse über die Arbeitsverhältnisse in den Ghettos eine Rechtsprechung, die eben diese Lebens- und Arbeitsverhältnisse und nicht die Maßstäbe einer zivilen, rechtsstaatlich geprägten Welt zum Ausgangspunkt der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des ZRBG machte.¹⁹

Damit nahmen die betreffenden Kammern als Ergebnis einer umfassenden Ermittlung des historischen Sachverhalts die später eingetretene Wende in der BSG-Rechtsprechung vorweg.

Eine Beschäftigung aus eigenem Willensentschluss wurde danach angenommen, wenn die Ghettobewohner sich trotz des angeordneten Arbeitszwanges auch gegen die Arbeitsaufnahme hätten entscheiden können. Denkbar war dies, weil der Arbeitszwang durch die Judenräte umgesetzt wurde und z.T. ein Vertretersystem bestand, innerhalb dessen sich Ghettobewohner zur Zwangsarbeit melden konnten.

Die Rechtsprechung des SG Hamburg spiegelt den fortschreitenden Erkenntnisprozess im Zeitablauf wider:

Kam etwa die Kammer 20 im Mai 2006 »lediglich« zu der Feststellung, es gäbe keine Vermutung, dass Reinigungstätigkeiten in Ghettos im Generalgouvernement unter Zwang zustande gekommen seien, sah dieselbe Kammer im Juni 2008 eine grundsätzliche Vermutung dafür, dass Ghettobewohner sich (im Generalgouvernement) aus eigener Initiative um Arbeitstätigkeit bemüht haben, da diese die Chance geboten habe, Bezahlung und Nahrungsmittel zu erhalten und mit dem Arbeitsplatz die Hoffnung verknüpft gewesen sei, vor Deportation und Ermordung geschützt zu sein.²⁰

Mit der Begründung, dass Geld unter Hungerbedingungen und Tauschmarktverhältnissen in den Ghettos regelmäßig keine besondere Bedeutung gehabt habe, entwickelte sich die Rechtsprechung des SG Hamburg überwiegend dahin, dass Lebensmittel durchaus als Entgelt angesehen werden könnten. Zudem könne – auch ohne individuelle Angaben zum Entgelt – der Erhalt einer Gegenleistung für eine Beschäftigung während des Aufenthaltes im Ghetto überwiegend wahrscheinlich und damit glaubhaft gemacht sein. Hintergrund für diese Auffassung war u.a. die Anordnung zur Durchführung des Arbeitseinsatzes der jüdischen Bevölkerung des Amtes des Generalgouverneurs für die besetzten Gebiete vom 05.07.1940, welche eine Entlohnung grundsätzlich vorsah.²¹

17 B 13 RJ 59/03 R, BSGE 93, 214, SozR 4-5050 Nr. 1.

18 B 13 RJ 37/04, juris.

19 Dieser Gedanke findet sich bereits in der Rechtsprechung des SG Düsseldorf aus dem Jahr 1998 (Urt. v. 18.08.1998, S 15 RJ 263/95 und vom 08.10.1998, S 15 RJ 209/97, beide juris), dazu *Pawlita*, ZfS 1999, 71.

20 Urt.v. 02.05.2006, S 20 RJ 611/04, juris; 19.06.2008, 20 R 1020/05, juris.

21 SG Hamburg 24.08.2006, S 10 RJ 855/04; 19.06.2008, S 20 R 1020/05; 19.10.2006, S 11 RJ 1107/03, alle juris.

Schon vor den »Pfungst-Urteilen« des BSG im Juni 2009²² konnten am SG Hamburg rund 300 bis 350 Verfahren auch ohne Urteil, durch Anerkennnisse bzw. Vergleiche beendet werden, die zu einer Rentengewährung führten. Obwohl die Rentenversicherung ihre Entscheidungen zunächst überwiegend auf die Angaben der Antragstellerinnen und Antragsteller im BEG-Verfahren gestützt hatte und es in Widerspruchsverfahren deshalb vielfach zu Ablehnungen wegen »widersprüchlicher Aussagen« gekommen war, hat die Einbeziehung der historischen Sachverständigen bei den spezialisierten Sitzungsvertreterinnen und -vertretern der LVA Hamburg bzw. der DRV Nord hohe Akzeptanz gefunden, und die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse wurden durch sie vielfach mitvollzogen.

Dabei mag auch eine Rolle gespielt haben, dass Professor Golczewski, der eine Vielzahl von Gutachten für das SG Hamburg erstellt hat, bereits Ende 2005 in einer mündlichen Verhandlung als Sachverständiger gehört wurde und die anwesenden Vertreter der Rentenversicherung sich ein Bild von seiner geschichtswissenschaftlichen Herangehensweise machen konnten.

Gleichwohl gab es am SG Hamburg bis zu den Pfungst-Urteilen des BSG neben zusprechenden Urteilen, Anerkennnissen und Vergleichen eine Vielzahl von Klagrücknahmen und abweisenden Entscheidungen, darunter durchaus auch in solchen Verfahren, die zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund der neuen historischen Erkenntnisse zugunsten der Klägerinnen und Kläger ausgegangen wären. Dies einzuräumen fällt schwer, gebietet aber die Ehrlichkeit in der Rückschau auf die damalige, durch einen stetigen Erkenntnisprozess geprägte Praxis des SG Hamburg.

Die im Lauf der Jahre wachsende Zahl von Entscheidungen, mit denen das SG Hamburg den Rentenversicherungsträger zur Gewährung einer Rente nach dem ZRBG verurteilte, wurden nicht immer umgesetzt. Anträge auf Aussetzung der Vollziehung (§ 199 Abs. 2 SGG), die die Rentenversicherung zum Teil mit ihren Berufungen verband, waren in Verfahren vor dem LSG Hamburg, welches die fortschreitenden historischen Erkenntnisse in seinen Entscheidungen bis zur Wende in der BSG-Rechtsprechung im Juni 2009 weitgehend unberücksichtigt ließ,²³ durchaus nicht selten erfolgreich.

22 Urt. v. 03.06.2009 – B 5 R 26/08 R, BSGE 103, 220, SozR 4-5075 § 1 Nr. 8; v. 02.06.2009 – B 13 R 81/08 R, BSGE 103, 190, SozR 4-5075 § 1 Nr. 7.

Zur Entwicklung der Ghettoartenrechtsprechung des BSG im einzelnen vgl. den Beitrag von *Knickrehm*, Ghettoartenrechtsprechung des BSG an den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

23 Etwa LSG Hamburg vom 30.04.2008, L 1 R 195/07 (www.sozialgerichtsbarkeit.de), welches Angaben im BEG-Verfahren, in dem ein zwangsweiser Einsatz bei Konstruktionsarbeiten genannt worden war, zu den Angaben im ZRBG-Verfahren, wonach verschiedene Tätigkeiten vom Judenrat vermittelt worden seien – ohne historische Ermittlungen durchzuführen – als unauflöslich widersprüchlich ansah. Die Angaben seien offenkundig von dem Bemühen getragen, das Vorbringen dem jeweiligen Verfahrensstadium anzupassen und so dem Rentenbegehren zum Erfolg zu verhelfen.

V. Persönliche Schlussbetrachtung

Den Richterinnen und Richtern war von Beginn an bewusst, dass die Klageverfahren für die meisten Ghetto-Überlebenden hoch belastend waren. Am Ende ihres Lebens waren sie nun aufgefordert, sich an Details ihres Verfolgungsschicksals zu erinnern und diese Repräsentanten des deutschen Staates vorzutragen. Die komplexe Rechtslage im Spannungsfeld zwischen Rentenversicherungs- und Entschädigungsrecht oder die beschränkte Aufgabe des Gerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber, den Klägerinnen und Klägern verständlich zu machen, erwies sich als aussichtslos. Dass nur bei »Freiwilligkeit« eine Rente gezahlt werden kann, nicht aber bei Zwangsarbeit, war für sie in keiner Weise nachvollziehbar.

Vielen Klägerinnen und Klägern ging es nach Eindruck der Vorsitzenden nicht nur um die angestrebte Rentenleistung. Vielmehr verstanden sie die eingeklagte Leistung auch als Ausdruck der Wahrnehmung und Würdigung ihres Verfolgungsschicksals durch den deutschen Staat. Dass dieses Ziel kaum erreicht wurde, hat viele Gründe. Zu nennen ist der späte Zeitpunkt des ZRBG 57 Jahre nach dem Ende der Nazizeit, die Vielzahl rechtlicher Probleme, die aus der Einbindung in das Rentenversicherungsrecht erwachsen und schließlich die hohen Kommunikationshürden zwischen dem Gericht und den die Klage führenden Ghetto-Überlebenden.

Insoweit bleibt auch die Frage, ob wir Vorsitzende nicht – ungeachtet des damit verbundenen Aufwands und auch der gerichtlichen Auswirkungen – in die USA und nach Kanada hätten reisen sollen, um in geeigneten Fällen die Klägerinnen und Kläger persönlich zum Sachverhalt anzuhören, so, wie es zwei Richter des LSG NRW mit ihren in Israel durchgeführten Anhörungen getan haben, die bei den Betroffenen auf sehr positive Resonanz gestoßen sind.

Als unauflösbar erwies sich für uns Richterinnen und Richter das Dilemma, einerseits die Verfahren in Anbetracht des hohen Alters der Klägerinnen und Kläger schnell abschließen zu wollen, andererseits die Erkenntnis, dass in den meisten Fällen umfangreiche Sachverhaltsermittlungen erforderlich waren, bevor eine Entscheidung möglich war.

Zu der zeitintensiven Ermittlungsarbeit kam die langwierige Kommunikation mit den Prozessbevollmächtigten der Klägerinnen und Kläger, die ihrerseits oft ebenso mit einer Vielzahl von ZRBG-Verfahren überlastet waren. Manchmal dauerte es ein halbes Jahr bis zur Klagebegründung, und diese bestand dann häufig statt aus individuellen Schilderungen aus Textbausteinen. Oft bedurfte es mehrfacher Erinnerungen und Nachfragen, z.T. mit der Notwendigkeit, Anfrage und Antwort übersetzen zu lassen.

Der Aufwand, den die ZRBG-Verfahren mit sich brachten, war mit der hohen Fallzahlbelastung und dem Erledigungsdruck, die den Arbeitsalltag der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter in der Sozialgerichtsbarkeit bundesweit prägen, kaum kompatibel.

Je größer die quantitative und zeitliche Belastung durch die ZRBG-Verfahren wurde, desto mehr drängte – wie dies aus vergleichbaren Situationen bekannt ist – die Frage nach einer schnellen Beendigung in den Vordergrund. Hier war der kammerübergreifen-

de Austausch hilfreich, sich des Risikos bewusst zu werden, dass zu hohe Fallzahlen den Blick verstellen können und geeignet sind, die Verfahrensführung seitens der Richterinnen und Richter – im Sozialgericht als Vorsitzende auf sich allein gestellt – unsachgemäß zu beeinflussen.

Die Zusammenarbeit der Vorsitzenden am SG Hamburg erlaubte auch ein arbeitsteiliges und effektives Arbeiten etwa beim Ausformulieren der Beweisfragen für die Gutachtaufträge und später bei der Auswertung der Gutachten. Die Form des kollegialen Austauschs half zudem, den für richtig gehaltenen Weg der möglichst umfassenden Aufklärung der historischen Gegebenheiten um die Ghetto-Arbeit im Sinne einer gemeinsamen Herausforderung auch unter kritischen Blicken zu gehen. Die gute Kooperation hat zudem geholfen, die persönlichen Belastungen, die mit der Arbeit an den Verfahren verbunden waren und manches Mal als Grenzerfahrung erlebt wurden, besser tragen und reflektieren zu können.

Die kammerübergreifende Zusammenarbeit bedeutete freilich nicht, dass die Vorsitzenden in allen Sach- und Rechtsfragen übereinstimmender Meinung gewesen wären. Jede und jeder kam zu eigenen Schlüssen und verantwortete diese im gegenseitigen Respekt.

Dabei war im gesamten dargestellten Prozess die Unterstützung durch die Gerichtslleitung des Sozialgerichts hilfreich, die die Anstrengungen der Rentenkammern wertschätzend begleitete und als unvermeidbare Folge akzeptierte, dass der Ermittlungsaufwand Kräfte und Ressourcen band und letztlich zu niedrigeren »Erledigungszahlen« führte.

Auseinandersetzungen über das richtige Vorgehen bis hin zu persönlichen Vorwürfen, wie sie sich im Zusammenhang mit den Ghetto-Verfahren an anderen Orten entwickelten und mit einer unvergleichlichen Härte geführt wurden, waren uns innerhalb unseres Gerichts erfreulicherweise fremd.

Die ZRBG-Verfahren haben sicher alle mit Ihnen befassten Kolleginnen und Kollegen in besonderer Weise bewegt. Grund hierfür war sicher nicht nur die Begegnung mit dem persönlichen Schicksal der Klägerinnen und Kläger, sondern auch die historische Verantwortung, die mit der Bearbeitung der Verfahren verbunden war.

Auch wenn die ZRBG-Klagen mit »üblichen« Rechtsstreitigkeiten nicht vergleichbar sind: Die beim Umgang mit diesen Verfahren gewonnenen Erkenntnisse gelten nicht nur hier. Sie gelten für die richterliche Arbeit allgemein.

Das ZRBG am Sozialgericht Lübeck¹

von Kirsten Kaiser

Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Wechsel der Zuständigkeit vom Sozialgericht Hamburg an das Sozialgericht Lübeck im Oktober 2005 | des zwangsweisen Aufenthalts in einem Ghetto |
| II. Besondere Herausforderungen bei der Bearbeitung von Verfahren nach dem ZRBG | 1. Ghattobegriff in der bisherigen Rechtsprechung |
| III. Entwicklung von Eingängen seit 2005 | 2. Der Ghattobegriff in der aktuellen Rechtsprechung |
| IV. Aktuelle Fragestellungen – insbesondere das Tatbestandsmerkmal | V. Retrospektive und Ausblick |

I. Wechsel der Zuständigkeit vom Sozialgericht Hamburg an das Sozialgericht Lübeck im Oktober 2005

Im Oktober 2005 beerbte das Sozialgericht Lübeck das Sozialgericht Hamburg um die Zuständigkeit für die neu eingehenden rentenrechtlichen Streitigkeiten für alle Kläger und Klägerinnen aus Nordamerika und Großbritannien und damit auch für deren Rentenverfahren nach dem Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto (ZRBG).

Hintergrund war die zum 01.10.2005 vollzogene Fusion der drei Landesversicherungsanstalten der Hansestadt Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein, wobei der Hauptsitz der neuen Deutschen Rentenversicherung (DRV) Nord nach Lübeck ging. Da gem. § 57 Abs. 3 SGG für Klagen aus dem Ausland der Sitz der Behörde für die örtliche Zuständigkeit maßgeblich ist, wurde das Sozialgericht Lübeck für die sog. ZRBG-Verfahren aus Nordamerika und Großbritannien örtlich zuständig.

Vor allem in den beiden Nachkriegsjahrzehnten wanderten viele der in der NS-Zeit verfolgten Juden nach Nordamerika aus, so dass dieser Zuständigkeitswechsel für das Sozialgericht Lübeck auch zahlenmäßig bedeutsam wurde.

Im Rahmen der Vorbereitungen erhielt man aus Hamburg die Mitteilung, dass jährlich mit Eingangszahlen von etwa 2000 Rentenverfahren nach dem ZRBG zu rechnen sei² – eine erhebliche Hausnummer für das im Vergleich zu Hamburg doch eher kleine Sozialgericht Lübeck. Im Stelleplan des Haushaltsplans für das Jahr 2006 wurden darauf-

- 1 Der Beitrag entspricht einem Input-Referat, das die Autorin anlässlich einer Veranstaltung zum ZRBG der Forschungsstelle für Sozialrecht und Sozialpolitik an der Universität Hamburg am 13.06.2019 gehalten hat.
- 2 Bemerkungen 2007 des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein mit Bericht zur Landeshaushaltsrechnung 2005, S. 128.

hin 5 Richterplanstellen, davon 3 mit kw (künftig wegfällig)-Vermerk zum 31.12.2008, für die Bearbeitung der zusätzlichen ZRBG-Verfahren bewilligt. Von diesen Stellen wurden gleich zu Beginn zwei besetzt, wobei die neueingehenden Verfahren auf alle Rentenkammern verteilt wurden. Bei den beiden Stellen blieb es letztlich allerdings auch, da die erwarteten Zahlen an Neueingängen, wie unten noch dargestellt wird, nicht erreicht wurden.

Der damalige Wechsel einer Richterkollegin vom Sozialgericht Hamburg zum Sozialgericht Lübeck gleich zu Beginn der neuen Zuständigkeit war ein sehr großer Gewinn für das Sozialgericht Lübeck. Die Kollegin brachte insbesondere Entscheidungen, Ghetto-Listen, historische Gutachten und vor allem das erforderliche Know-how bzgl. der Ermittlungsmöglichkeiten mit. Viele der Ideen und Quellen, die die Kolleginnen und Kollegen des Sozialgerichts Hamburg zur Sachverhaltsermittlung zwischenzeitlich entwickelt bzw. aufgetan hatten, konnten so profitierend am Sozialgericht Lübeck übernommen werden.³

II. Besondere Herausforderungen bei der Bearbeitung von Verfahren nach dem ZRBG

Die Besonderheiten und Herausforderungen der Verfahren nach dem ZRBG hinsichtlich der Ermittlungsart und des Ermittlungsumfangs wurden auch am Sozialgericht Lübeck sehr schnell deutlich. Auch wenn die Aufklärung historischer Sachverhalte, z.B. von Versicherungszeiten, der Bearbeitung rentenrechtlicher Sachverhalte nicht fremd war, stand bisher die Aufklärung medizinischer Sachverhalte im Mittelpunkt rentenrechtlicher Ermittlungstätigkeit. In den Verfahren nach dem ZRBG ging und geht es hingegen um die Prüfung von oftmals sehr berührenden und erschütternden Schicksalen in der Zeit der NS-Unterdrückung. Die Ermittlungsarbeit erstreckt sich vor allem auf die Anforderung von Entschädigungsakten der Kläger und Klägerinnen nach dem Bundesentschädigungsgesetz von den Wiedergutmachungsbehörden der Länder, auf die Unterlagen im Zusammenhang mit der Antragstellung bei der Jewish Claims Conference nach dem sog. »Art. 2-Fund« und dem Gesetz zur Errichtung einer Stiftung »Erinnerung, Verantwortung und Zukunft«, auf die Führung von Ghetto-Listen sowie auf Anfragen in Archiven. Darüber hinaus wurden historische Gutachten eingeholt, z.B. zu den Fragen, ob und ab wann es in einem bestimmten Ort ein Ghetto gab oder wie sich die Beschäftigungssituation in einem bestimmten Ghetto oder in bestimmten Betrieben darstellte. Fragen an nicht vertretene Kläger oder benannte Zeugen werden auf Englisch formuliert, Vernehmungen über deutsche Konsulate im Wege der Amtshilfe veranlasst.

Als erkenntnisreich stellt sich oft auch die Anforderung der sog. Shoah-Interviews dar. Shoah-Interviews gehen auf eine Initiative von Steven Spielberg zurück, der nach

3 Eine ausführlichere Darstellung der Ermittlungsarbeit finden Sie im Beitrag von *Scheurer/Wittenberg* in diesem Heft.

dem Film Schindlers Liste in den 1990er Jahren Zeitzeugen interviewte. Diese Interviews können nach Zustimmung der Kläger von der Freien Universität Berlin angefordert werden. Zwar handelt es sich um eine eher zeitintensive Ermittlungsarbeit, die oft mehrstündigen Interviews einzusehen, aber die darin gemachten Aussagen der Kläger und Klägerinnen über ihre Verfolgungszeit sind oftmals sehr aufschlussreich. Der Beweiswert dieser Interviews ist insoweit besonders hoch, als dass sie zu einer Zeit aufgenommen wurden, als das Thema ZRBG noch nicht existent war.

Verfahren mit persönlicher Anhörung der Betroffenen am Sozialgericht Lübeck in einer mündlichen Verhandlung sind leider an einer Hand abzählbar. Mir bekannt sind tatsächlich nur drei Verfahren, wobei zwei Kläger aus den USA und eine Klägerin aus Schweden kamen. Die geringe Zahl dieser Verfahrensbeteiligung ist natürlich der Entfernung und dem durchweg hohen Alter der Kläger und Klägerinnen geschuldet.⁴

Darüber hinaus galt und gilt es ganz praktische Hürden zu nehmen, insbesondere z.B. bei der Zustellung von Anhörungen oder Entscheidungen an unvertretene Kläger und Klägerinnen. Nur in seltenen Fällen kommt bei einem Einschreiben mit Rückschein der Rückschein tatsächlich auch zurück. Auch hier werden nicht selten die Auslandsvertretungen eingeschaltet und Zustellungsversuche im Rahmen der Amtshilfe durch sie unternommen.⁵

III. Entwicklung von Eingängen seit 2005

Die erwarteten Eingangszahlen von 2000 Verfahren jährlich wurden nicht erreicht. Noch in den letzten drei Monaten des Jahres 2005 gingen 346 ZRBG-Klageverfahren beim Sozialgericht Lübeck ein. Die höchste Eingangszahl wurde bereits im Jahr 2006 mit 940 Eingängen erreicht. Danach nahmen die Neueingänge ab. In den Jahren 2009 und 2010 sank die Eingangszahl weiter auf 48 bzw. 57 neue Verfahren. Hintergrund für den starken Rückgang waren die Entscheidungen des 5. und 13. Senats des Bundessozialgerichts vom 2. und 03.06.2009,⁶ die die sog. »Kehrtwende von Kassel«⁷ insbesondere hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale »gegen Entgelt« und »aus eigenem Willensentschluss« brachten. Im Anschluss prüfte die DRV umfassend die bei ihr noch anhängigen Verfahren und Überprüfungsverfahren. Viele Fälle endeten mit einem Anerkenntnis des Rentenanspruchs. In den Jahren 2011 und 2012 stiegen die Eingangszahlen wieder auf 156 bzw. 152 Neueingänge an. Auch auf der Grundlage der neuen BSG-Rechtsprechung ließen sich nicht alle Fragen lösen (z.B. bei Fragen der Glaubhaftmachung geltend ge-

4 Ausführlich zu den ersten Erfahrungen im Umgang mit den ZRBG-Verfahren: *Leopold*, Die so genannte »Ghetto-Rente« – ein großes Betätigungsfeld der schleswig-holsteinischen Sozialgerichtsbarkeit, in: Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2008, S. 396 ff.

5 Zur rechtlichen Grundlage, s. § 183 ZPO i.V.m. § 202 SGG.

6 BSG, Urt. v. 02.06.2009 – B 13 R 85/08 R; B 13 R 139/08 R, BSGE 103, 201, SozR 4-5075 § 1 Nr. 5 und vom 03.06.2009 – B 5 R 26/08 R, BSGE 103, 220, SozR 4-5075 § 1 Nr. 8 und B 5 R 66/08 R.

7 Zu diesem Begriff vgl. *Röhl*, SGB 2009, 464 ff.

machter Aufenthalte oder ausgeführter Tätigkeiten). Außerdem führte die geänderte Rechtsprechung zu neuen Rechtsfragen. So war z.B. im Streit, ob bei Überprüfungsverfahren nach § 44 SGB X die Vierjahresfrist des § 44 Abs. 4 SGB X anzuwenden ist oder nicht.⁸

Viele weitere Klageverfahren gingen auch lediglich um die Höhe rechtsanwaltlicher Vergütung der anwaltlichen Tätigkeit im Widerspruchsverfahren. Hierbei stellte sich insbesondere die Frage, ob die Tätigkeit besonders umfangreich oder schwierig war und ob eine über die Mittelgebühr hinausgehende Gebühr gerechtfertigt ist. Ein Großteil dieser Verfahren konnten am Sozialgericht Lübeck mit den beteiligten Prozessbevollmächtigten und der DRV in güterichterlichen Mediationsverfahren (§ 287 Abs. 5 ZPO i.V.m. § 202 SGG) erledigt werden.

In den weiteren Jahren gingen die Eingangszahlen stets weiter zurück. Im Jahr 2017 waren es noch 22 und im Jahr 2018 nur noch 17 neue Klagen zu verzeichnen. Ende 2018 befanden sich noch 35 ZRBG-Verfahren im Bestand des Sozialgerichts Lübeck.

Beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht wurde 2008 die höchste Eingangszahl mit 77 Berufungsverfahren nach dem ZRBG erreicht. Nach Auskunft des zuständigen 7. Senats waren Anfang 2019 nur noch 5 Berufungsverfahren anhängig.

IV. Aktuelle Fragestellungen – insbesondere das Tatbestandsmerkmal des zwangsweisen Aufenthalts in einem Ghetto

Nach der letzten Gesetzesänderung im Jahr 2014 war es ein wenig ruhiger um das ZRBG geworden. Vereinzelt warf das ZRBG aber dennoch Fragen auf, an denen auch das Sozialgericht Lübeck beteiligt war und ist. So hat z.B. das BSG gerade erst im Mai 2019 über eine Sprungrevision (Az. B 13 R 37/17 R) gegen eine Entscheidung des Sozialgerichts Lübeck entschieden, in der es um eine Einzelfrage hinsichtlich der Renten-antragstellung ging.⁹

- 8 U.a. das SG Lübeck und später auch das BSG bejahten die Anwendung der Vierjahresfrist in § 44 Abs. 4 SGB X, mit der Folge, dass Rentenleistungen rückwirkend nur bis zum 01.01.2005 gezahlt wurden. Nachdem die Rechtsprechung in ihren Entscheidungen auf die Grenzen möglicher Rechtsanwendungen hingewiesen hatte (vgl. z.B. BSG, Urt. v. 07.02.2012 – B 13 R 40/11 R, BSGE 110, 97, SozR 4-5075 § 3 Nr. 2), klärte schließlich der Gesetzgeber diese streitige Frage mit dem Ersten Änderungsgesetz zum ZRBG vom 15.07.2014 dahingehend, dass § 44 Abs. 4 SGB X nicht anwendbar ist, vgl. nunmehr § 3 Abs. 3 ZRBG.
- 9 Im Raum stand die Frage, ob ein im Jahr 1984 und damit vor Inkrafttreten des ZRBG gestellter Rentenanspruch bei einem US-amerikanischen Rentenversicherungsträger zugleich auch als ein Antrag auf Rente von der deutschen Rentenversicherung gewertet werden kann. Die Witwe ihres 2009 verstorbenen Ehemanns bezieht seit Antragstellung 2011 Hinterbliebenenrente unter Berücksichtigung von Ghetto-Zeiten ihres Mannes. Es ging hinsichtlich einer Regelaltersrente des verstorbenen Ehemanns um die Frage, ob die Rückwirkungsfiktion des § 2 ZRBG auch in diesen Fällen gilt und eine Regelaltersrente ab dem 01.07.1997 zu gewähren ist und zwar unter Beachtung des 1984 gestellten Rentenanspruchs, was das Sozialgericht Lübeck (Urt. v. 10.10.2017 – S 6 R 334/15) und das BSG (Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4-1200 § 59 Nr. 2) verneint haben. Weitere rechtliche Ausführungen finden Sie im Beitrag von *Knickrehm* in diesem Heft.

1. Ghettobegriff in der bisherigen Rechtsprechung

Gegenwärtig zeichnet sich eine Klärung des wohl letzten großen Themenfelds in der Bearbeitung der Rentenverfahren nach dem ZRBG ab. Nachdem die Tatbestandsmerkmale des »eigenen Willensentschlusses« und des »Entgelts« doch weitestgehend durch die BSG-Entscheidungen aus Juni 2009 höchstrichterlich geklärt wurden, ist gerade in den letzten Jahren das Tatbestandsmerkmal des »zwangsweisen Aufenthalts in einem Ghetto« in den Mittelpunkt der rechtlichen Betrachtungen gerückt.¹⁰

In der bisherigen Rechtsprechung haben sich bislang im Wesentlichen zwei Ansätze für eine Definition des Tatbestandsmerkmals eines »zwangsweisen Aufenthalts in einem Ghetto« herausgebildet.

Der eine Ansatz geht auf die Definition des LSG Nordrhein-Westfalen¹¹ zurück. Als Kriterien für einen zwangsweisen Aufenthalt in einem Ghetto stellt es auf die Absonderung, Konzentrierung und internierungsähnliche Unterbringung ab (Drei-Elemente-Lehre). Im Jahr 2009 stand die Revision gegen dieses Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen kurz vor der Entscheidung. Es ging damals um die Frage, ab wann das Ausmaß der Freiheitsbeschränkungen in dem Ort Bendzin in Ostoberschlesien ein solches Ausmaß erreicht hat, dass von einem zwangsweisen Aufenthalt in einem Ghetto auszugehen war. Der Rentenversicherungsträger nahm jedoch kurz vor dem Termin die Revision zurück.

Das BSG, zurückgehend noch auf eine Entscheidung des 4. Senats, hat sich bislang dahingehend geäußert, dass von einem Zwangsaufenthalt in einem Ghetto auszugehen sei, wenn der Aufenthalt rechtlich oder tatsächlich auf ein bestimmtes Wohngebiet beschränkt und die Aufenthaltsbeschränkung durch die Androhung schwerster Strafen oder durch Gewaltmaßnahmen erzwungen wurde.¹²

Der 13. Senat stellte in der Entscheidung vom 02.06.2009 ergänzend dar, dass der Gesetzgeber eine unterschiedslose Regelung unabhängig von der Ghettogröße und der Ghettostruktur geschaffen habe.¹³

2. Der Ghettobegriff in der aktuellen Rechtsprechung

Probleme stellen sich aktuell insbesondere bei der Frage, ob sog. »insuläre Ghettos« im Rahmen des ZRBG anzuerkennen sind.

Das Sozialgericht Lübeck hatte bereits im Jahr 2014 die Frage zu entscheiden, ob die Unterbringung im sog. Glashaus in Budapest einen zwangsweisen Aufenthalt in einem Ghetto darstellen kann.¹⁴ Das Glas-Haus stellte einen Gebäudekomplex in Budapest dar, der unter Schweizer Schutz stand und zwischenzeitlich 3.000 Juden Schutz bot. In Budapest gab es mehrere dieser sog. geschützten Häuser, die von ausländischen Gesandtschaft-

¹⁰ Vgl. *Röhl*, NZS 2018, 513–516.

¹¹ LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 15.12.2006 – L 13 RJ 112/04, juris.

¹² BSG, Urt. v. 14.12.2006 – B 4 R 29/06 R BSGE 98, 48, SozR 4-5075 § 1 Nr. 3.

¹³ Vgl. BSG, Urt. v. 02.06.2009 – B 13 R 81/08 R. BSGE 103, 190, SozR 4-5075 § 1 Nr. 7.

¹⁴ SG Lübeck, Urt. v. 16.04.2014 – S 45 R 736/11.

ten/Diplomaten organisiert wurden. Im Kern ging es um die Frage, ob ein Aufenthalt in einem einzelnen Haus, in einem einzelnen Gebäudekomplex ein zwangsweiser Aufenthalt in einem Ghetto sein kann. Nach dem historischen Ghetto-Verständnis eine eher schwierige Subsumtion. Nach den vom LSG Nordrhein-Westfalen aufgestellten Kriterien für einen zwangsweisen Aufenthalt in einem Ghetto, nämlich der Absonderung, Konzentrierung und Internierung, nahm das Sozialgericht Lübeck damals einen zwangsweisen Aufenthalt in einem Ghetto bei einer Klägerin an, die in diesem Budapester Glashaus Schutz fand. Die Berufung der Beklagten nahm diese später zurück.

Zwischenzeitlich sind Anfang 2019 zwei Revisionsverfahren gegen Entscheidungen des Schleswig-Holsteinischen LSG zu dieser Thematik anhängig gemacht worden. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob ein einzelnes Haus, ein sog. »Sternhaus« in einem ländlichen Dorf ein Ghetto i.S.d. ZRBG sein kann. Es handelte sich jeweils um kleinere Orte in denen nur acht bzw. neun jüdische Familien lebten. In einem der Orte wurden die Häuser noch nicht einmal mit einem Judenstern kenntlich gemacht, weil ohnehin jeder im Dorf wusste, in welchem Haus jüdische Familien wohnten. Das Schleswig-Holsteinische LSG bejahte in seinen Entscheidungen vom September 2018 bzw. November 2018¹⁵ einen zwangsweisen Aufenthalt in einem Ghetto. In seinen Entscheidungen führt das LSG aus: »Der Senat gelangt daher zu dem Schluss, dass es sich bei dem Merkmal der Konzentration der Juden um einen historisch typischen Wesensbestandteil eines Ghettos handelt, der im Sinne des ZRBG weit auszulegen ist und in kleinen Gemeinden auch Wohnformen umfasst, in denen das Leben der Juden auf ihre Häuser oder Wohnungen beschränkt ist.«

Angemerkt wird in der Entscheidung ferner, dass »die jüdische Bevölkerung, die sich in bestimmten Häusern aufhalten musste und die Häuser abgesehen von dem Weg zur Arbeit nicht verlassen durfte, sogar in einem weitaus höheren Maß in der Bewegungsfreiheit eingeschränkt gewesen war als in einem Ghetto im Sinne eines weitläufigen Wohngebiets.«

Es liegt nun in der Hand des BSG, in diesen Verfahren den rechtlichen Ghetto-Begriff i.S.d. ZRBG zu definieren.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang noch ein weiteres Verfahren, das gegenwärtig beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht¹⁶ anhängig ist. Das Sozialgericht Lübeck hat in seinem Urteil vom Mai 2017¹⁷ nach Einholung eines Sachverständigengutachtens von Dr. Zarusky vom Institut für Zeitgeschichte München-Berlin eine Ghettobeitragszeit ab April 1942 in Wien angenommen, eine Ghettoisierung in Wien also bejaht. Es spricht in Anlehnung an das Sachverständigengutachten von einem »unsichtbaren Ghetto«, in dem die Bewegungs- und Kommunikationsmöglichkeiten ab April 1942 mit Kennzeichnungspflicht der Häuser und Wohnungen durch den Judenstern erheblich eingeschränkt waren und es zu einer maximalen Isolierung kam, so dass dies einem Leben in einem abgegrenzten Wohnbereich gleichkommt. Juden durften die

15 Schleswig-Holsteinisches LSG, Urt. v. 04.09.2018 – L 7 R 152/16, Az. beim BSG: B 13 R 3/19 und Schleswig-Holsteinisches LSG, Urt. v. 13.11.2018 – L 7 R 175/16, Az. beim BSG: B 13 R 3/19 R.

16 Schleswig-Holsteinisches LSG, Az. L 7 R 82/17.

17 Urt. v. 11.05.2017 – S 21 R 381/13.

Stadt nur mit polizeilicher Genehmigung verlassen, es gab Aufenthaltsbeschränkungen unter Androhung schwerster Strafen und zahlreiche Betretungsverbote, die Nutzung des öffentlichen Nahverkehrs war stark eingeschränkt. Als entscheidenden Zeitpunkt für die Bejahung eines zwangsweisen Aufenthalts in einem Ghetto stellte das Sozialgericht Lübeck auf die Kennzeichnungspflicht der von Juden bewohnten Häuser und Wohnungen im April 1942 ab. Anders für Wien sah dies übrigens das Sozialgericht Dortmund, das in seinem Urteil vom Juni 2015 ein Ghetto i.S.d. ZRBG in Wien verneinte.¹⁸

Auch das Sozialgericht Berlin hatte sich erst kürzlich mit dem Ghetto**be**griff auseinandersetzen. Am 15.05.2019 entschied es im Rahmen eines Musterverfahrens für 200 weitere Klagen über die Frage eines Ghettos in Serbien. Die Klägerin gehörte der Bevölkerungsgruppe der Roma an. Inhaltlich führte das Sozialgericht aus, dass es sich bei dem Begriff des Ghettos im ZRBG um einen unbestimmten Rechtsbegriff handele, dessen Auslegung sich maßgeblich am Sinn und dem Zweck des ZRBG zu orientieren habe.¹⁹ Trotz intensiver Ermittlungen und Einholung von Sachverständigengutachten hat das Sozialgericht Berlin die Existenz eines Ghettos nicht feststellen können und die Klage abgewiesen. Im Leitsatz zu der Entscheidung heißt es: »Die Quellenlage hierzu stellt sich nach dem durch das Gericht eingeholten historischen Sachverständigengutachten als unergiebig dar. Die seinerzeit geltende und auch praktisch angewandte Verordnungslage i.V.m. den aufgrund eines andauernden Partisanenkriegs chaotischen Besatzungsstrukturen sprechen gegen eine Zusammenfassung der Bevölkerungsgruppe der Roma in Ghettos.« Darüber hinaus hatte das Gericht erhebliche Zweifel an der von der Klägerin vorgelegten Lebendbescheinigung.²⁰

Die historische Sachverhaltsaufklärung zur Existenz von Ghettos während der Zeit der NS-Unterdrückung ist also nach wie vor geboten und wird z.B. gegenwärtig auch auf der Ebene des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales fortgesetzt. Aus dessen Pressemitteilung vom 19.07.2019 geht hervor, dass es in den vergangenen Monaten erstmals eine deutsch-israelische Kooperation zwischen dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales, dem Bundesministerium für Finanzen, der Deutschen Rentenversicherung, dem israelischen Ministerium für soziale Gleichheit und der Internationalen Holocaust Gedenkstätte Yad Vashem in Jerusalem gab. Das Ergebnis der historischen Prüfung führte zur Anerkennung von Ghettos in 18 weiteren Orten in Rumänien.

V. Retrospektive und Ausblick

Nachvollziehbar dürfte sein, dass die dargestellte Ermittlungsarbeit in den Verfahren nach dem ZRBG die damit befassten Richter und Richterinnen oftmals emotional sehr berührte. Fragen nach rentenversicherungsrechtlichen Möglichkeiten und deren Grenzen sowie der Wunsch nach entschädigungsrechtlicher Vereinfachung für die Betroffenen drängten sich – vor allem vor den Entscheidungen des BSG im Juni 2009 – immer

18 SG Dortmund, Urt. v. 26.05.2015 – S 24 KN 324/12.

19 SG Berlin, Urt. v. 15.05.2019 – S 11 R 198/17, Rn. 35.

20 SG Berlin, Urt. v. 15.05.2019 – S 11 R 198/17, Rn. 85.

wieder auf. Aus meiner Sicht sind im Wesentlichen zwei Punkte dafür verantwortlich, dass für mich die Bearbeitung der ZRBG-Verfahren häufig nicht zufriedenstellend sein konnte und kann. Zum einen gestaltete und gestaltet sich die Beteiligung der Klägerinnen und Kläger an ihren Klageverfahren schwierig und zum Teil auch unzureichend. Zum anderen sind die langen Verfahrensdauern und zeitlichen Verzögerungen, unter denen die Verfahren oft litten und leiden, nicht zufriedenstellend. Ganz konkret kam es z.B. auch durch den Wechsel der Zuständigkeit der Verfahren nach dem ZRBG vom Sozialgericht Hamburg an das Sozialgericht Lübeck mit Sicherheit zu zeitlichen Verlusten. Das Sozialgericht Hamburg war bereits seit der Geburtsstunde, ja schon davor sozusagen pränatal, mit den Beschäftigungsverhältnissen in der Unterdrückung und dem ZRBG befasst. Diese Verbundenheit mussten sich die Kolleginnen und Kollegen am Sozialgericht Lübeck erst erarbeiten und sich mit den Besonderheiten des ZRBG vertraut machen – und zwar sowohl hinsichtlich des materiellen Rechts als auch hinsichtlich der geschilderten besonderen Ermittlungstätigkeit. Zusätzlich wirkte sich das Pendeln zwischen neuen historischen Erkenntnissen, höchstrichterlicher Rechtsprechung und Nachbesserung durch den Gesetzgeber²¹ negativ auf die Dauer der Verfahren aus. Diese zeitlichen Verzögerungen führten trotz aller Bemühungen angesichts des hohen Alters der Klägerinnen und Kläger oft zu ganz unbefriedigenden Verfahrensdauern, obwohl Zeit in diesen Verfahren ein ganz erheblicher Faktor war und ist.

Die Frage, ob methodisch mutigere²² erstinstanzliche Entscheidungen zu einer Förderung des Erkenntnisprozesses geführt hätten, lässt sich im Nachhinein nur sehr schwer beantworten. Jedenfalls bis zur sog. »Kehrtwende von Kassel« und dem neuen Verständnis des Entgeltbegriffs und des eigenen Willensentschlusses i.S.d. ZRBG wird dies wohl zu verneinen sein. Dabei darf nicht übersehen werden, dass ein Teil der Verfahren auch schon zuvor im Rahmen von Vergleichen mit dem Rentenversicherungsträger und Entscheidungen in der ersten Instanz zu Gunsten der Klägerinnen und Kläger gelöst werden konnte. Dies betraf zumindest die Verfahren, in denen auch nach der bis dato restriktiven höchstrichterlichen Rechtsprechung ein gewisser Spielraum gesehen wurde. Andererseits bildete die bis Juni 2009 geltende BSG-Rechtsprechung auch eindeutige Grenzen und eine Überschreitung erschien weder prozessual noch für die Kläger-/innen sinnvoll, da dann mit Gewissheit ein Berufungsverfahren in Aussicht stand.²³ Die BSG-Entscheidungen vom 2. und 03.06.2009 und erweiterte historische Erkenntnisse verhalfen allerdings zu einem gewissen Mut zu einer weiteren Öffnung der Tatbestandsmerkmale, so wie gegenwärtig des Merkmals des zwangsweisen Aufenthalts in einem Ghetto. Ob und inwieweit hier eine weitgehende Auslegung oder eine Rechtsfortbildung im Sinne einer entschädigungsrechtlichen Überlagerung des Rentenversicherungsrechts geboten ist, wird das BSG in den nunmehr anhängigen Revisionen zu entscheiden haben.

21 Vgl. *Knickrehm/Bergner/Mecke/Kallmayer*, SGB 2018, 743, 749.

22 Hierzu *Reuter*, Ghettorenten – Eine rechtsmethodische und –historische Untersuchung zum Umgang mit nationalsozialistischem Unrecht in der Sozialversicherung, Tübingen 2019, S. 259.

23 Zu der Problematik einer von der st. Rspr. des BSG abweichenden Rechtsprechung vgl. auch *Kühl*, NZS 2019, 569, 571.

Ghettorentenrechtsprechung des BSG an den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

von Sabine Knickerehm

Übersicht

- | | |
|---|---|
| I. Einleitung und rechts-methodische Ausgangslage | beantragten Altersrente an seine Rechtsnachfolgerin – seine Witwe |
| II. Entwicklung des sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriffs in der Ghettorenten-Rechtsprechung des BSG | IV. Ersatzzeit vor Vollendung des 14. Lebensjahres |
| III. B 13 R 37/17 R – Zahlung der erst nach dem Tod des Versicherten | V. Fazit |

I. Einleitung und rechts-methodische Ausgangslage

Bereits im Rahmen der Beschreibung der Ausgangslage¹ ist dargelegt worden, dass die zuständigen Senate des BSG sich zunächst bereits rechtsmethodisch – durch »Auslegung« oder gar gesetzesimmanente Rechtsfortbildung² – nicht dazu in der Lage sahen die Begründung eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses aufgrund von »Ghettoarbeit« festzustellen. Es hätte ihrer Ansicht nach hierfür der Feststellung der Freiwilligkeit des Zustandekommens des Beschäftigungsverhältnisses und dessen Entgeltlichkeit bedurft.³ Angesichts des Zwangs unter dem die Beschäftigten in einem Ghetto gestanden hatten, wäre – so das BSG – insoweit eine Rechtsfortbildung und zwar über den Plan des Gesetzes hinaus erforderlich gewesen, die an den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 20 Abs. 3 GG, der Bindung des Richters an Gesetz und Recht, scheitern musste.⁴ Diese Rechtsprechung war vielfacher Kritik ausgesetzt. So hat *Pawłita* 1997/1998 – noch vor der »Ghetto-Lodz-Entscheidung«⁵ – etwa darauf hingewiesen, Freiwilligkeit und Entgeltzahlung seien bereits als Kriterien untauglich, wenn die Ver-

- 1 S. unter *Knickerehm*, Einleitung – »Entschädigung« für Ghettoarbeit in: der gesetzlichen Rentenversicherung, in diesem Heft, V.
- 2 Vgl. zum Begriff, *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 1991, S. 370 ff.
- 3 BSG, Urt. v. 04.10.1979 – 1 RA 95/78, SozR 5070 § 14 Nr. 9, juris, Rn. 24 (Ghetto Tarnow).
- 4 Vgl. z.B. BSG, Urt. v. 07.10.2004 – B 13 RJ 59/03 R, BSGE 93, 214, SozR 4–5050 § 15 Nr. 1, juris, Rn. 44, wenn es dort zur Entgeltlichkeit i.R.d. Typusbegriffs des »versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses« heißt: »Es überschreitet den Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung, diejenigen Arbeitstätigkeiten (Anm. unter Zwang ausgeübte, um das Überleben zu sichern) in den Typus der versicherungspflichtigen Beschäftigung einzubeziehen, bei denen ein wesentliches Merkmal – nämlich das des Entgelts, das nicht nur aus Gewährung von (teilweise) freiem Unterhalt besteht – fehlt.«
- 5 BSG, Urt. v. 17.06.1997 – 5 RJ 66/95, BSGE 80, 250, SozR 3–2200 § 1248 Nr. 15.

folgung gerade auf deren Beseitigung abziele.⁶ *Reuter* erkennt in seiner nachträglichen Analyse der Rechtsprechung des BSG vor den Kehrwende-Entscheidungen des Jahres 2009,⁷ verpasste Möglichkeiten der historischen Situation durch methodisch korrekte Auslegung des Begriffs des »versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses« gerecht zu werden. Denn seiner Ansicht nach war selbst mit den Entscheidungen aus dem Jahr 2009 die Schwelle zur richterlichen Rechtsfortbildung noch nicht überschritten worden.⁸

Unzweifelhaft sind die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung dann überschritten, wenn sie dazu dient, den erkennbaren Willen des Gesetzgebers beiseite zu schieben und durch eine autark getroffene richterliche Abwägung der Interessen zu ersetzen.⁹ Eine Interpretation, die sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt,¹⁰ kann auch unter Berücksichtigung von Gesetzesstrukturen im »Wandel«¹¹ – hier zu übersetzen mit dem Gewinn historischer Erkenntnisse und im Verlaufe der Nachkriegszeit einer geänderten Bewertung dieser sowie geänderten Wertvorstellungen – einen verfassungswidrigen Eingriff in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers darstellen.¹²

Doch wo sind die Grenzen zwischen Auslegung, ggf. doch zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung und solcher, die unzulässig ist, weil sie verfassungswidrig die Grenzen der Gewaltenteilung überschreitet? *Rüthers/Fischer/Birk* weisen darauf hin, dass auch die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung »von Fall zu Fall zu bestimmen seien«.¹³ Sie könnten nicht »... für alle Rechtsgebiete und für alle von ihnen geschaffenen oder beherrschten Rechtsverhältnisse gleichermaßen« gelten. Ist hier also die »entschädigungsrechtliche Überlagerung« zur Legitimation einer richterlichen Rechtsfortbildung fruchtbar zu machen, weil es gilt Lebenssachverhalte unter Berücksichtigung der Folgen des unfassbaren Leidens durch Verfolgung im Nationalsozialismus zu beurteilen?

Die Skepsis gegenüber der richterlichen Rechtsfortbildung hat ihren Grund u.a. in den »Erfahrungen« mit der »Methode« der »objektiv-teleologischen Auslegung«¹⁴ oder nach *Larenz*, der Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein rechtsethisches

6 *Pawlita*, ZfS 1998, 1, 21.

7 BSG, Urt. v. 02.06.2009 – B 13 R 81/08 R, BSGE 103, 190, SozR 4–5075 § 1 Nr. 7; derselbe Senat B 13 R 85/08 R und B 13 R 139/08 R; BSG, Urt. v. 03.06.2009 – B 5 R 26/08 R, BSGE 103, 220, SozR 4–5070 § 1 Nr. 8; derselbe Senat B 5 R 66/08 R.

8 *Reuter*, Ghettorenten, 2019, S. 199, 200.

9 BVerfG, Urt. v. 11.07.2012 – 1 BvR 3142/07, BVerfGE 132, 99, juris, Rn. 74; s.a. BVerfG, Beschl. v. 03.04.1990, 1 BvR 1186/89, BVerfGE 82, 6, juris, Rn. 20 m.w.N.

10 Zur »regelwidrigen« Rechtsfortbildung auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. München 2012, 68.

11 Hierzu *Lepsius*, JuS 2019, 14 und JuS 2019, 123.

12 BVerfG, Urt. v. 11.07.2012 – 1 BvR 3142/07, BVerfGE 132, 99, juris, Rn. 75 m.w.N. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, BvR 1375/14, NJW 2018, 2542, juris, Rn. 73.

13 Zur schwierigen Abgrenzung von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. München 2018, Rn. 796 ff.; s.a. dieselben Rn. 834.

14 *Rüthers, Fischer, Birk* (Fn. 13), Rn. 810.

Prinzip.¹⁵ Dem Begriff des »rechtsethischen Prinzips« wird sicherlich zu Recht entgegengehalten, er sei im letzten Jahrhundert häufig als weltanschauliche Gleitklausel benutzt worden, mit dem überkommene Gesetze auf neue, politisch etablierte Wertsysteme umgedeutet wurden.¹⁶ Gleichwohl gibt es Situationen, in denen der fruchtlose Verweis auf den Gesetzgeber am Ende zur Rechtsverweigerung führt. Die objektivteleologische Methode kann gerade in »Umbruchsituationen« ein geeignetes Instrument sein, um veränderte Wertvorstellungen oder bisher unbekannte Lebenssachverhalte in die Gesetzesanwendung »einzuschleusen«. ¹⁷ Auch Kritiker der Rechtsfortbildung weisen darauf hin, dass »Korrekturen« der ursprünglichen Normzwecke durch die Gerichte unter bestimmten engen Voraussetzungen gerechtfertigt sein können, fordern dann aber deren Offenlegung um dem Gebot der Methodenehrlichkeit gerecht zu werden.¹⁸

Fraglich ist mit Blick auf die noch nicht beschiedenen Fallkonstellationen im Zusammenhang mit »Ghettorentenfällen« wo dort die Grenzen der Rechtsfortbildung sind, wenn sie sich nach dem Normtext und unter Heranziehung der »klassischen« Auslegungsmethoden nicht lösen lassen; eine Lücke erkannt wird. Ist mit einer Entscheidung des BSG zum Rentenversicherungsrecht aus dem Jahr 1960 davon auszugehen, dass »... im gesamten Entschädigungsrecht dem Prinzip der Wiedergutmachung der Vorrang vor formalen Bedenken (gebührt).¹⁹« Wird hier möglicherweise auf ein rechtsethisches Prinzip verwiesen, das nach *Larenz* u.a. eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung rechtfertigt?²⁰

Anders als vom BSG 1960 formuliert, ist zu unterscheiden zwischen den Fallkonstellationen, in denen nur durch die entschädigungsrechtliche Überlagerung den Bedingungen des Ghettos und der im Nationalsozialismus verfolgten Menschen materiell-rechtlich Wiedergutmachung durch Sozialversicherungsleistungen zu Teil werden kann und denjenigen, bei denen der sozialversicherungsrechtliche »Schaden« letztlich aufgrund der Durchsetzung der Rechte durch sozialverwaltungsverfahrenrechtliche Regelungen im Nachhinein entsteht. Soweit letztere keine ausdrücklichen »Sonderregelungen« für Fälle vorsehen, die der Entschädigung von nationalsozialistischem Unrecht Rechnung tragen, ist im Hinblick auf Rechtssicherheit und Gleichbehandlung bei deren Anwendung der Gesetzgeber zur Gesetzesänderung aufgerufen, soll eine entschädigungsrechtliche Überlagerung erfolgen.²¹

Die Regelungen des ZRBG sehen nur wenige und dann ausdrücklich ausgewiesene Ausnahmen von Verfahrensregeln vor. Sie sind im Grundsatz auch nur als Spezial-

15 *Larenz* (Fn. 2), S. 421.

16 *Rüthers, Fischer, Birk* (Fn. 13), Rn. 808.

17 *Rüthers, Fischer, Birk* (Fn. 13), Rn. 812.

18 *Rüthers, Fischer, Birk* (Fn. 13), Rn. 990.

19 BSG, Urt. v. 16.09.1960 – 1 RA 38/60, BSGE 13, 67, 71, SozR Nr. 4 zu § 1248 RVO.

20 *Larenz* (Fn. 2), S. 426.

21 Vgl. hier die Rechtsprechung des 5. Senats des BSG zur Anwendung des § 44 Abs. 4 SGB X in »Ghettorentenfällen« – BSG, Urt. v. 08.02.2012 – B 5 R 38/11 R, SozR 4–5075 § 3 Nr. 1, insb. juris, Rn. 28.

regelungen zu dem im SGB VI geregelten Recht der gesetzlichen Rentenversicherung konzipiert.²²

Die Regelungen des Sozialverwaltungsverfahrensrechts bzw. des SGB I – soweit sie keine Sonderregelungen für einzelne Sozialleistungsbereiche treffen – finden hingegen allgemein und gleichmäßig über alle Sozialleistungsbereiche hinweg Anwendung. Es handelt sich bei beiden um vor die Klammer gezogene allgemeine Teile des Sozialrechts der im SGB zusammengefassten Bücher (und einiger weiterer – s. § 68 SGB I).²³ Die Regelungen des SGB X sollen die Bereinigung, Aktualisierung, Vereinfachung und soweit möglich Harmonisierung der früheren Vorschriften des gegliederten Sozialleistungssystems bewirken.²⁴ Das SGB I soll eine grundlegende und dauerhafte Vereinfachung des Sozialrechts im Rahmen einer umfassenden Kodifikation ermöglichen.²⁵ Die Zusammenfassung der Sozialleistungsbereiche in einem Gesetzbuch zeigt, dass diese Bereiche Teile eines Gesamtsystems sind, für die gemeinsame Regeln gelten,²⁶ soweit sie nicht unterschiedlich bleiben müssen,²⁷ weil nur so der Eigenart eines jeden Sozialleistungsbereichs Rechnung getragen werden kann.²⁸ Das SGB I und SGB X führen soziale Probleme nur insoweit einer sozialrechtlichen Lösung zu, als sie festlegen, wie mit deren Bewältigung, die an anderer Stelle geregelt ist, umzugehen ist.²⁹

Bereits hieraus folgt, dass »Sonderregelungen« für spezielle verfahrensrechtliche Bereiche einer eigenen ausdrücklichen Normierung bedürfen. Dies kann entweder im SGB I oder SGB X erfolgen oder in den einzelnen Büchern des materiellen Rechts bzw. sie ergänzender Vorschriften. Es verbietet sich im Hinblick auf die allgemeinen verfahrensrechtlichen Regelungen eine richterrechtliche Rechtsfortbildung unter »entschädigungsrechtlicher Überlagerung«. Sie beträfe eine Materie, die eben nicht »nur« das Rentenversicherungsrecht ergänzt, sondern Regeln, die auch andere Sozialleistungsbereiche betreffen. Sollen hier Abweichungen erfolgen, ist der Gesetzgeber aufgerufen diese zu vollziehen.

Die Regelung des § 2 Abs. 2 SGB I ändert hieran nichts. Danach sind die ... sozialen Rechte bei der Auslegung der Vorschriften des SGB I ... zu beachten; dabei ist sicherzustellen, dass die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden. Im hier interessierenden Kontext könnte daraus zu folgern sein, dass Rechtsfortbildung umso eher auch im Bereich der »Verfahrensregelungen« zulässig sein müsste. Denn im Hin-

22 § 1 Abs. 2 ZRBG i.V.m. § 7 WGSVG; vgl. zum Verhältnis ZRBG – § 44 SGB X, BSG, Urt. v. 07.02.2012 – B 13 R 40/11 R, BSGE 110, 97, SozR 4–5075 § 3 Nr. 2, insb. juris, Rn. 41.

23 *Waschull*, in: Fichte/Plagemann/Waschull (Hrsg.), Sozialverwaltungsverfahrensrecht, Baden/Baden 2008, Rn. 9; *Lilge*, WzS 2016, 3, 5.

24 *Schütze*, in: von Wulffen/Schütze (Hrsg.), SGB X, 8. Aufl. 2014, Einl. Rn. 8, 9, 11.

25 BT-Drucks. 7/868, S. 1.

26 *Lilge*, WzS 2016, 3, 4; s.a. *Schütze*, in: von Wulffen/Schütze (Fn. 24), Einl. Rn. 8.

27 S. § 37 SGB I.

28 *Hauck/Noftz/Becker*, SGB I, M 010 S. 2.

29 *Mrozynski*, SGB 2016, 1, 4.

blick auf die dienende Funktion des Verfahrensrechts,³⁰ also die Funktion der materiellen Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen, könnte davon ausgehen sein, dass die Regelungen des Sozialverwaltungsverfahrensrechts entschädigungsrechtlich zu überformen seien, wenn dies dazu führt, dass Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung den Anspruch – der ihnen auf materiell-rechtlicher Ebene zusteht – dadurch erlangen können. § 2 Abs. 2 SGB I relativiert allerdings nicht die Bindung des Richters an das Gesetz,³¹ sondern postuliert nur die Verwirklichung sozialer Rechte als Leitmotiv bei der Auslegung von Normen des Sozialrechts. Eine über die Auslegung hinausgehende Überformung des Verwaltungsverfahrensrechts in all den Fällen, in denen es nur durch Rechtsfortbildung dieses das Verfahren allein strukturierenden und leitenden Rechts möglich wäre zur Gewährleistung materieller Gerechtigkeit zu gelangen, folgt hieraus nicht. Dies wäre auch der Einheitlichkeit der Regelungen des Verfahrensrechts³² nicht zuträglich und würde dem Bestreben nach Rechtssicherheit durch Verfahrensregelungen zu wider laufen. Unter Berücksichtigung dessen hat das BSG wohl zwischenzeitlich auch die sogenannte »Einfärbungslehre« im Hinblick auf die Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts in § 30 Abs. 2 SGB I aufgegeben.³³ Nunmehr soll nur dann, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich eine abweichende Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts bezogen auf die zu regelnde Materie anordnet,³⁴ die entsprechende Einfärbung erfolgen. Dies ist auch konsequent, denn nur der Gesetzgeber ist berechtigt im verfahrensrechtlichen Bereich Änderungen und insbesondere Ausnahmeregelungen für bestimmte Fallkonstellationen zu bewirken, um »materielle Gerechtigkeit« durch Verfahrensregeln herzustellen.

Im Folgenden sollen diese »theoretischen« Überlegungen mit Beispielen unterlegt werden.

II. Entwicklung des sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriffs in der Ghettorenten-Rechtsprechung des BSG

§ 1 ZRBG in der Fassung vom 20.06.2002 lautete: »Dieses Gesetz gilt für Zeiten der Beschäftigung von Verfolgten in einem Ghetto, die sich dort zwangsweise aufgehalten haben, wenn 1. die Beschäftigung a) aus eigenem Willensentschluss zustande gekommen ist, b) gegen Entgelt ausgeübt wurde....« Es galt mithin auch unter dem Regime des ZRBG den Begriff des »Entgelts« auszufüllen. Im Jahr 2004 sah sich der 13. Senat des BSG im Hinblick auf den sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff noch gehindert,

30 Vgl. *Löcher*, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg), SGBI, IV, X, 2012, § 9 SGB X Rn. 8; Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, 15. Aufl. 2014, Einf I, Rn. 36b.

31 *Mrozynski*, *SGb* 2016, 1, 5.

32 S. zur Einheitlichkeit *Schütze*, in: von Wulffen/Schütze (Fn. 24), Einl. Rn. 8.

33 S. BSG, Urt. v. 30.01.2013 – B 4 AS 54/12 R, BSGE 113, 60 = SozR 4–4200 § 7 Nr. 34; zur Einfärbungslehre: s. BSG, Urt. v. 03.04.2001 – B 4 RA 90/00 R, SozR 3–1200 § 30 Nr. 21, SozR 3–6480 Art. 20 Nr. 2, Rn. 17; s.a. *Lilge*, in: *juris-PK* § 30 SGB I, Rn. 66.

34 Vgl. z.B. § 1 Abs. 7 BEEG; § 1 Abs. 6 BErzGG i.d.F. bis zum 31.12.2006.

freie Kost oder überhaupt »Kost« als sozialversicherungspflichtiges Entgelt zu werten.³⁵ Ausgangspunkt des 13. Senats waren die Regelungen der alten RVO; deren Verständnis von »Entgelt«. Er knüpfte bei der Auslegung also an die Rechtslage zum Zeitpunkt der Entstehung der Beitragspflicht an. Danach sollte freier Unterhalt dann kein versicherungspflichtiges Entgelt i.S.v. § 1227 RVO (a.F.) bzw. § 1228 RVO (n.F.) sein, wenn er nur zur unmittelbaren Befriedigung der notwendigen Lebensbedürfnisse des Arbeitnehmers erforderlich sei.³⁶ Hiervon ausgehend sah das BSG die von der dortigen Klägerin verrichtete Arbeit in einer Offizierskantine als nicht beitragspflichtig an. Die Gewährung von – wenn auch guter – Verpflegung habe keinen Entgeltcharakter gehabt.

Der 4. Senat des BSG war zwei Jahre später einen anderen Weg der Auslegung des »Entgeltbegriffs« in § 1 ZRBG gegangen.³⁷ Er knüpfte dabei an das »heutige Verständnis« des Entgeltbegriffs nach § 14 Abs. 1 SGB IV an. Danach seien unter dem Begriff »Entgelt«, alle Einnahmen, die in einem unmittelbaren (synallagmatischen) oder mittelbaren (inneren, sachlichen) Zusammenhang mit der geleisteten Arbeit (Tätigkeit) stünden, zu verstehen.³⁸ Für die Qualifizierung als »Entgelt« komme es, so der 4. Senat, nicht auf die Art oder Höhe an. Entscheidend sei nur, ob die Zuwendung tatsächlich wegen der geleisteten Arbeit (Tätigkeit) und nicht aus anderen Gründen erfolge.

In den sogenannten »Pfingst- oder Kehrtwendeentscheidungen« des Jahres 2009³⁹ wurde dann sowohl vom 13. als auch 5. Senat folgender Leitsatz formuliert: »Entgelt i.S. des ZRBG ist jede Entlohnung, ob in Geld oder Naturalien. Geringfügigkeitsgrenzen sind nicht zu prüfen; unerheblich ist, ob lediglich »freier Unterhalt« gewährt wurde.« Zur Begründung wurde nun auf den Sinn und Zweck des ZRBG abgestellt. Das Gesetz solle Verfolgten für deren Beschäftigung während ihres Zwangsaufenthalts in einem vom Deutschen Reich zu verantwortenden Ghetto eine Rente aus der deutschen Rentenversicherung ermöglichen. Insoweit hat der 13. Senat zwar die gesetzgeberische Intension aufgegriffen, ist aber – jedenfalls nach seinem Verständnis – noch darüber hinaus gegangen; hat sie bei der Anwendung »entschädigungsrechtlich überlagert«. So heißt es unter Rn. 31 der Entscheidung,⁴⁰ zwar sei das ZRBG⁴¹ ausdrücklich in Reaktion auf die (und in Akzeptanz der) Ghettorenten-Rechtsprechung des BSG verabschiedet worden. Dennoch könne dem Gesetzgeber nicht entgangen sein, dass jedenfalls bei dem um-

35 Ghetto Warschau – BSG vom 07.10.2004 – B 13 RJ 59/03 R, BSGE 93, 214, SozR 4–5050 § 15 Nr. 1, juris, Rn. 38, 39.

36 Unter Hinweis auf: Verbandskommentar, RVO 4. und 5. Buch, Stand: 01.03.1956, § 1227 Anm. 2 m.w.N.; *Eicher/Haase/Rauschenbach*, Die Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten, 6. Aufl. 1978, § 1228 RVO Anm. 5.

37 Ghetto Transnistrien I – BSG, Urt. v. 14.12.2006 – B 4 R 29/06 R, BSGE 98, 48, SozR 4–5075 § 1 Nr. 3, juris, Rn. 104.

38 Unter Bezug auf § 14 Abs. 1 SGB IV: BSG, Urt. v. 29.01.2004 – B 4 RA 19/03 R, SozR 4–8570 § 8 Nr. 1, juris, Rn. 12.

39 S. nur BSG, Urt. v. 02.06.2009 – B 13 R 81/08 R, BSGE 103, 190, SozR 4–5075 § 1 Nr. 7, juris, Rn. 31.

40 BSG, Urt. v. 02.06.2009 – B 13 R 81/08 R, BSGE 103, 190, SozR 4–5075 § 1 Nr. 7.

41 BT-Drucks. 14/8583, S. 1, 6; 14/8602, S. 1, 5.

fassenden Anwendungsbereich des ZRBG die in der Ghetto-Rechtsprechung notwendigerweise umgesetzte Rechtslage zur Abgrenzung einer rentenversicherungspflichtigen Beschäftigung von einer versicherungsfreien Tätigkeit – z.B. unter dem Gesichtspunkt der Geringfügigkeit – den Verhältnissen im Ghetto nicht mehr gerecht geworden sei. Auch an sich geringfügige Sachleistungen (Lebensmittel) aber seien im Ghetto, das die Bewohner nicht verlassen durften und in dem sie ständig von Hunger bedroht gewesen seien, überlebenswichtig; sie seien sogar eher als Lebensgrundlage anzusehen gewesen als Geld oder geldwertes Vermögen.⁴²

Hier galt es materielles Recht anzuwenden, das unmittelbar zur Anspruchsentstehung unter Berücksichtigung der historischen Situation in den Ghettos führen sollte. Aber wie weit kann die Berücksichtigung entschädigungsrechtlicher Wertungen im Rahmen der die Sozialversicherung umspannenden allgemeinen Regeln des SGB I und SGB X erfolgen, ohne diese konturenlos werden zu lassen? Diese Problematik soll im Weiteren anhand des in der Sitzung des 13. Senats am 16.05.2019⁴³ entschiedenen Falles verdeutlicht werden.

III. B 13 R 37/17 R – Zahlung der erst nach dem Tod des Versicherten beantragten Altersrente an seine Rechtsnachfolgerin – seine Witwe

In diesem Fall ist, unabhängig von den Umständen der Verfolgung, Sozialverwaltungsverfahrenrecht zu beachten. Folgt man der Ausgangsthese hat hier keine entschädigungsrechtliche Überlagerung zu erfolgen. Die entscheidende Norm des § 59 SGB I lautet: »Ansprüche auf Dienst- und Sachleistungen erlöschen mit dem Tod des Berechtigten. Ansprüche auf Geldleistungen erlöschen nur, wenn sie im Zeitpunkt des Todes des Berechtigten weder festgestellt sind noch ein Verwaltungsverfahren über sie anhängig ist.« Sie war vom 13. Senat anzuwenden auf einen Fall, in dem Streit bestand über die Zahlung einer Regelaltersrente des in den USA im Jahr 2009 verstorbenen Versicherten an seine Witwe für die Zeit zwischen dem 01.07.1997 und seinem Tod unter Berücksichtigung von Beitragszeiten nach dem ZRBG.

Dem Rechtsstreit lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der 1922 geborene und im März 2009 verstorbene Versicherte war als Jude Opfer nationalsozialistischer Verfolgung i.S.d. BEG. Im Februar 1950 wanderte er in die USA ein. Beim dortigen Rentenversicherungsträger stellte er im September 1984 einen Antrag auf US-amerikanische Rentenleistungen. Deutsche Rentenzeiten wurden nicht geltend gemacht.

Im Mai 2011, also rund zwei Jahre nach seinem Tod, beantragte seine Witwe, die Klägerin des Rechtsstreits, beim deutschen RV-Träger eine Hinterbliebenenrente unter Berücksichtigung von Ghettobeschäftigungs- und Ersatzzeiten der Verfolgung, die ihr auch bewilligt wurde. Zeitgleich stellte sie bei diesem einen Antrag auf Zahlung der Regelaltersrente des Versicherten. Im Verwaltungsverfahren und vor dem SG

42 BSG, Urt. v. 02.06.2009 – B 13 R 81/08 R, BSGE 103, 190, SozR 4–5075 § 1 Nr. 7, juris, Rn. 33.

43 B 13 R 37/17 R.

Lübeck⁴⁴ ist sie damit erfolglos geblieben, weil der 1997 (fiktiv) entstandene Anspruch auf Regelaltersrente nach § 59 Satz 2 SGB I mit dem Tod des Versicherten erloschen sei. Der Rentenanspruch sei zu Lebzeiten des Versicherten weder festgestellt worden noch sei ein diesbezügliches Verwaltungsverfahren anhängig gewesen.

Mit ihrer Sprungrevision hat die Klägerin u.a. geltend gemacht, die rückwirkende Antragsfiktion des § 3 Abs. 2 ZRBG führe – unter Berücksichtigung ihrer entschädigungsrechtlichen Konnotation – zu einem rückwirkenden Beginn des Verwaltungsverfahrens. § 2 ZRBG fingiere zudem, dass bereits zum Zeitpunkt des Aufenthalts im Ghetto Beitragszeiten entstanden seien. Der Versicherte habe daher bereits zum Zeitpunkt der US-Antragstellung im September 1984 über fiktive deutsche Beitragszeiten verfügt und sie seien damit auch nach dem Deutsch-Amerikanischen Sozialversicherungsabkommen⁴⁵ gegenüber dem deutschen RV-Träger geltend gemacht gewesen.

Der 13. Senat des BSG ist dieser Argumentation nicht gefolgt.⁴⁶ Denn auch er geht davon aus, dass Zahlungsansprüche des Versicherten mit seinem Tod erloschen sind. Dies gelte unabhängig davon, ob der Versicherte zu Lebzeiten ein Recht auf Altersruhegeld nach der RVO oder auf eine Regelaltersrente nach dem SGB VI erworben hatte. Ein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 59 Satz 2 SGB I sei über sie im Zeitpunkt des Todes des Versicherten im März 2009 nicht anhängig gewesen. Ein Verwaltungsverfahren über Ansprüche auf Regelaltersrente beginne gem. § 18 SGB X i.V.m. § 19 Satz 1 SGB IV, § 115 Abs. 1 Satz 1 SGB VI mit dem entsprechenden Antrag auf Leistungen beim Rentenversicherungsträger. Auch unter dem Regime der RVO/des AVG habe der Anspruch – durch einen Antrag – überhaupt geltend gemacht werden müssen. Beides sei hier jedoch, anders als nach § 59 SGB I erforderlich, nicht zu Lebzeiten des Versicherten geschehen. Eine Antragstellung sei erst nach dem Tod des Versicherten durch die Klägerin als dessen Rechtsnachfolgerin erfolgt.

Eine derartige Geltendmachung habe auch nicht durch die Antragsrückwirkungsfiktion des § 3 Abs. 2 ZRBG oder die Beitragsfiktion des § 2 Abs. 1 ZRBG bewirkt werden können. § 3 Abs. 2 ZRBG fingiere als Antragszeitpunkt den 01.07.1997; fingiere jedoch nicht rückwirkend einen Beginn des Verwaltungsverfahrens ohne einen Antrag oder die Geltendmachung durch den Versicherten. § 2 ZRBG lege fest – fingiere –, dass für Zeiten der Beschäftigung von Verfolgten in einem Ghetto Beiträge als gezahlt gelten. Dahinstehen könne hier, wie weit die Beitragsfiktion zurückreiche. Jedenfalls umfasse sie nicht zugleich die Geltendmachung dieser Beitragszeiten gegenüber dem Rentenversicherungsträger. Für eine entschädigungsrechtliche Überlagerung hat der 13. Senat keinen Raum gesehen. Nicht die Entstehung des Anspruchs, sondern deren Durchsetzung sei betroffen.

44 SG Lübeck, Urt. v. 10.10.2017 – S 6 R 334/15.

45 DASVA – BGBl. II 1976, 1357.

46 Wiedergegeben nach der Presseveröffentlichung des BSG, Terminbericht Nr. 21/19 vom 16.05.2019; Aktenzeichen des Rechtsstreits: B 13 R 37/17 R, zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR.

Hätte der Gesetzgeber hier eine andere rechtliche Lösung gewollt, hätte er handeln müssen. Insoweit ist die Lage mit der vergleichbar in der sich die Senate des BSG bei den Entscheidungen zur rückwirkenden Leistungsgewährung nach § 44 SGB X⁴⁷ befanden. Eine solche sozialverwaltungsverfahrenrechtliche Vorschrift entschädigungsrechtlich zu überlagern ist allein Aufgabe des Gesetzgebers. Hinzu kommt im Hinblick auf die Anwendung des § 59 Satz 2 SGB I, dass der Gesetzgeber eine Änderung i.S.d. Klägerin bereits verworfen hatte. Ein entsprechender Antrag der Fraktion der »Bündnis90/die Grünen« war abgelehnt worden.⁴⁸

IV. Ersatzzeit vor Vollendung des 14. Lebensjahres

§ 250 Abs. 1 Nr. 4 SGB VI lautet: »Ersatzzeiten sind Zeiten vor dem 1. Januar 1992, in denen Versicherungspflicht nicht bestanden hat und Versicherte nach vollendetem 14. Lebensjahr, in ihrer Freiheit eingeschränkt gewesen oder ihnen die Freiheit entzogen worden ist usw....« Kann dies auch unter »Nachghettobedingungen« gelten – konkret, wenn ein Verfolgter zwischen dem 10. und dem 13. Lebensjahr Ghattobeitragszeiten zurückgelegt hat und danach »tatsächlich« der Ersatzzeittatbestand dem Grunde nach erfüllt ist? Zwischen dem 13. und dem 14. Lebensjahr »fehlt« es nach dem Gesetzestext an der Möglichkeit einer Anerkennung einer Ersatzzeit. Mit Auslegung lässt sich hier nicht viel bewirken. Die Vorschrift ist insoweit eindeutig, aber – wohl planwidrig – lückenhaft. Nach der Ausgangsthese wäre hier zu überlegen, durch eine entschädigungsrechtliche Überlagerung des Gesetzestextes, also durch Rechtsfortbildung, Abhilfe zu schaffen; konkret durch eine teleologische Extension. Der 13. Senat des BSG konnte hierüber nicht befinden. Die Nichtzulassungsbeschwerde war unzulässig. Er hat die Verwerfungsentscheidung mit einem Appell an den Gesetzgeber verbunden.⁴⁹ Denn die Lückenfüllung/Rechtsfortbildung ist hier unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht ganz trivial. Welche Fallgruppen soll sie erfassen? Kann es z.B. gerechtfertigt sein, dass ein 12jähriger, bei dem vor dem 14. Lebensjahr noch keine Ghattobeitragszeiten nach dem ZRBG fingiert werden können, aber vielleicht ab dem 15. Lebensjahr, anders behandelt wird als der Kläger des Ausgangsfalles, wenn in beiden Fällen die Ersatzzeittatbestände dem Grunde nach erfüllt sind? Oder sind bei ihnen beiden Ersatzzeiten aufgrund entschädigungsrechtlicher Überlagerung anzurechnen? Wo ist ggf. die

47 Vgl. BSG, Urt. v. 08.02.2012 – B 5 R 38/11 R, SozR 4–5075 § 3 Nr. 1, insb. juris, Rn. 28.

48 Änderungsantrag zu BT-Drucks. 18/1306 und 1577 vom 03.06.2014 durch Bündnis 90/Die Grünen – Vorgeschlagene Änderung des § 3 Abs. 1 ZRBG: »Ein Antrag auf Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung gilt als am 18.06.1997 gestellt. Satz 1 gilt auch bei Hinterbliebenen, wenn der Verfolgte nach dem 17.06.1997 verstorben ist.«, Ablehnung auf Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT-Drucks. 18/1649, S. 5, 6; s.a. Stenographische Berichte BT-Drucks. 18/34, S. 2920 f. und 18/39, S. 3407.

49 BSG, Beschl. v. 16.05.2019 – B 13 R 222/18 B.

»Altersgrenze« nach unten zu ziehen, die auch für Ghattobeitragszeiten noch nicht sicher bestimmt ist.⁵⁰

V. Fazit

Die richterlichen Vorgänger der heutigen Senate 5 und 13 des BSG hatten die schwierige Entscheidung zu treffen, ob die systemfremd der Sozialversicherung zugeordnete »Entschädigung« für »Ghettoarbeit« in die Rentenberechnung einfließen durfte; sie als Beitragszeit bei der Rentenberechnung zu berücksichtigen war. Sie haben sich aus rechtmethodischen Gründen lange dagegen entschieden, letztendlich jedoch den Weg durch »Rechtsfortbildung« geöffnet. Der Gesetzgeber, obwohl originär dazu berufen, hat zwar mit dem ZRBG reagiert, ohne jedoch alle Fallkonstellationen zu erfassen und einer entschädigungsrechtlichen Bewertung zuzuführen. Hier musste dann das Pendel – auch beflügelt durch den 4. Senat des BSG⁵¹ – ausschlagen; das Pendel zwischen höchstrichterlicher Rechtsprechung und Gesetzgebung.

Auch bei den heute noch zu bescheidenden Fallkonstellationen ist zu fragen, ob eine entschädigungsrechtliche Überlagerung rechtmethodisch zulässig ist. Können diese Fälle alle durch Rechtsfortbildung gelöst werden oder wann ist ausschließlich der Gesetzgeber gefragt? Es ist natürlich vor dem Hintergrund des Art. 20 GG immer vorzuziehen, wenn letzterer reagiert und Normen auf die entschädigungsrechtlichen Lagen »zuschneidet«. Gelingt das nicht, steht wiederum »Rechtsfortbildung« im Raum. Sie ist jedoch dort auszuschließen, wo der sozialversicherungsrechtliche »Schaden« letztlich erst bei der Durchsetzung der Rechte durch die Anwendung sozialverwaltungsverfahrenrechtlicher Regelungen im Nachhinein entsteht. Denn eine Veränderung oder Öffnung deren Struktur ist am Ende kaum zu begrenzen und allein mit der »entschädigungsrechtlichen Überlagerung« zu rechtfertigen. Sie gelten allumfassend für alle Gebiete des Sozialleistungsrechts.

50 Vgl. nur: Ghattobeitragszeiten bejahend bei einem damals 12- bis 14-jährigen Menschen, BSG, Urt. v. 02.06.2009 – B 13 R 139/08 R, BSGE 103, 201, SozR 4–5075 § 1 Nr. 5, juris, Rn. 24; Ghattobeitragszeiten bejahend unter Hinweis auf benannte BSG-Entscheidung bei einem damals 11- bis 12-jährigen Menschen, Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Urt. v. 06.09.2017 – L 16 R 483/16, juris, Rn. 19; Ghattobeitragszeiten von dem beklagten RV-Träger anerkannt bei einem 4- bis 7-jährigen Kind nach Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 24.08.2016 – L 3 R 519/13, juris, Rn. 21; Ghattobeitragszeiten offengelassen bei einem damals 6- bzw. 7-jährigen Menschen, Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.06.2018 – L 27 R 775/15, juris, Rn. 29.

51 BSG v. 14.12.2006 – B 4 R 29/06 R, BSGE 98, 48, SozR 4–5075 § 1 Nr. 3.

Die sozialverfahrensrechtliche Reichweite des ZRBG

Eine methodologische Analyse des BSG-Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R

von Marc Reuter

Übersicht

- A. Einleitung
- B. Sachverhalt
- C. Entscheidung des BSG
- D. Hintergrund
 - I. ZRBG
 - II. § 59 SGB I
 - 1. Festgestellte Ansprüche
 - 2. Anhängigesungsverfahren
 - III. US-Sozialversicherungsabkommen
- E. Analyse der Entscheidung
 - I. Antrag des Versicherten
 - 1. Doppelwirkung durch US-Abkommen
 - 2. Fiktion der Geltendmachung durch § 2 Abs. 1 ZRBG
 - II. Rückwirkendes Verwaltungsverfahren i.S.d. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I
 - 1. § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG als Schwerpunkt des BSG
 - 2. Anwendung des § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I auf rückwirkende Anträge
 - 3. Konkretisierung von § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG
 - a) Ausgangslage
 - b) Wortlaut
 - c) Systematik
 - d) Telos
 - e) Gesetzgebungsgeschichte
- F. Schluss

A. Einleitung

Mit seiner Entscheidung vom 16.05.2019¹ hat das BSG es abgelehnt, die im Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigung in einem Ghetto² (ZRBG) geregelten Rückwirkungsfiktionen auf den Rentenanspruch als Beginn des Verwaltungsverfahrens zu übertragen. Damit hat sich das oberste Sozialgericht zum ersten Mal in einer solchen Tiefe mit der Frage der Rechtsnachfolge in Ansprüche nach dem ZRBG beschäftigt. Auch wenn die Entscheidung in Einzelheiten diskutabel ist, hat der 13. Senat sein Ergebnis vor allem methodologisch vorbildlich begründet.

B. Sachverhalt

Die Klägerin ist die Witwe eines 1922 in Ungarn geborenen und 13.03.2009 in den USA verstorbenen Versicherten, den die Nationalsozialisten als Juden verfolgt hatten und später anerkannter »Verfolgter« i.S.d. § 1 BEG³ war. Der Versicherte hatte u.a. in den

1 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2 (vorgesehen).

2 »Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto und zur Änderung des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch« v. 20.06.2002, BGBl. I S. 2074.

3 Zur fragwürdigen Rechtsprechung zum Verfolgtenbegriff i.S.d. BEG Reuter, Ghettorenten, Tübingen 2019, S. 74 ff.

ungarischen Ghettos Koeszeg und Budapest leben müssen und dort zwischen April und September 1944 eine Beschäftigung i.S.d. § 1 Abs. 1 ZRBG ausgeübt. 1950 wanderte der Versicherte in die USA ein.

Beim dortigen Rentenversicherungsträger stellte der Versicherte am 15.09.1984 einen Antrag auf Gewährung einer Rente nach amerikanischem Recht, ohne deutsche Versicherungszeiten geltend zu machen.

Am 17.05.2011 beantragte die Klägerin eine Hinterbliebenenrente, die ihr der beklagte Versicherungsträger unter Berücksichtigung der Ghetto-Beitragszeiten des Versicherten bewilligte. Ebenfalls am 17.05.2011 beantragte die Klägerin beim beklagten Versicherungsträger auch die nachträgliche Gewährung und Auszahlung der Regelaltersrente für den Versicherten, was die Beklagte ablehnte. Gegen diese Ablehnung wandte sich die Klägerin schließlich mit Klage vor dem Sozialgericht Lübeck, die diese als unbegründet abwies.⁴

C. Entscheidung des BSG

Das BSG hat die gegen das Urteil des SG eingelegte Sprungrevision als unbegründet zurückgewiesen. Ein eventuell zu dessen Lebzeiten entstandener Rentenanspruch des Versicherten sei jedenfalls gem. § 59 Satz 2 SGB I erloschen. Entsprechende Ansprüche seien im Zeitpunkt des Todes des Versicherten weder i.S.d. § 59 Satz 2, 1. Alt. SGB I festgestellt noch sei gem. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I ein Verwaltungsverfahren über sie anhängig gewesen.⁵ Auch die Rückwirkungsfiktion des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG begründe kein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I.⁶ Der in den USA von Versicherten gestellte Rentenanspruch gelte auch nach dem deutsch-amerikanischen Abkommen über Soziale Sicherheit⁷ nicht als Antrag auf Altersrente nach deutschem Versicherungsrecht. Darüber helfe auch die Fiktion des § 2 ZRBG nicht hinweg.⁸

D. Hintergrund

I. ZRBG

Ab seiner Verabschiedung im Jahr 2002 war das ZRBG bis zu den »Kehrtwende«-Entscheidungen des BSG im Jahr 2009 im Hinblick auf seine Reichweite höchst umstritten. In der konkreten Rechtsanwendung ging es vor allem um die Frage, wie die einzelnen Rechtsbegriffe des ZRBG auszulegen sind. Dies bezog und bezieht sich vor allem auf die Tatbestandsmerkmale »Beschäftigung« und »Ghetto«.

4 SG Lübeck, Urt. v. 10.10.2017 – S 6 R 334/15, juris.

5 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 14.

6 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 17.

7 »Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über Soziale Sicherheit« v. 07.01.1976, s. Gesetz v. 02.08.1976, BGBl. II S. 1357.

8 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 22.

Hinter diesen konkreten Auslegungsfragen stand jedoch immer die grundlegende Frage, welchem Rechtsbereich das ZRBG zuzuordnen ist. Handelt es sich um ein entschädigungsrechtliches Gesetz, das weitgehend unabhängig von den allgemeinen Voraussetzungen eines Rentenanspruchs eigenständige Rechtsgrundlage eines solchen sein kann? Oder sollte das Gesetz Teil des Rentenrechts sein, das dessen allgemeine Systematik, Kriterien und Rechtsbegriffe voraussetzt und lediglich die Auszahlung eines Rentenanspruchs an die überwiegend im Ausland lebenden Überlebenden der NS-Verfolgung ermöglicht? Zwischen diesen beiden Extrempositionen bewegte sich lange Zeit auch die uneinheitliche Rechtsprechung verschiedener BSG-Senate, bevor konzertierte⁹ Urteile im Juni 2009 Rechtsfrieden herstellten: Unter starker Betonung des Zwecks des ZRBG, den größtenteils bereits hochbetagten Überlebenden zu einer Rente zu verhelfen, legten der 13. und 5. Senat das BSG das ZRBG stark entschädigungsrechtlich aus.¹⁰ Nach diesen Urteilen schafft das ZRBG einen Rentenanspruch für grundsätzlich jede in einem NS-Ghetto ausgeübte Tätigkeit, wobei die Betroffenen, oft mit Hilfe von Ersatzzeiten, gleichwohl die allgemeine Wartezeit erfüllen müssen.¹¹ Mit dieser – im Ergebnis begrüßenswerten – Auslegung bewegte sich das BSG wohl noch im Rahmen des methodisch zulässigen, auch wenn diese Grenze ohnehin kaum fassbar erscheint. Es bleibt außerdem die Frage, warum diese befriedenden Urteile des BSG so lange auf sich warten ließen. Trotz des bewundernswerten Aufwands bei der historischen Bewertung der Sachverhalte taten sich jedenfalls Teile der sozialgerichtlichen Rechtsprechung sehr schwer damit, die von den damaligen NS-Verfolgten ausgeführten Tätigkeiten in den Ghettos mit den hergebrachten Kriterien des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsbegriffs in Einklang zu bringen. Dies ist einerseits angesichts der besonderen historischen und menschenverachtenden Umstände der Arbeit der vor allem jüdischen Verfolgten in den NS-Ghettos nachvollziehbar. Andererseits sollte doch gerade der von Rechtsprechung und Lehre äußerst flexibel gehandhabte vermeintliche Typus-Begriff der sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung – vom BVerfG ausdrücklich gebilligt – die Anpassung an auch außergewöhnliche Sachverhalte ermöglichen.¹²

Aus vielen der Urteile zum ZRBG lässt sich jedenfalls das Unbehagen ablesen, das viele Sozialgerichte mit der Vorstellung hatten, dass das ZRBG das allgemeine Rentenrecht überlagern sollte. Innerhalb dieses Spannungsfeldes bewegt sich nun auch die aktuelle Entscheidung des 13. Senats.

9 Dazu *Reuter* (Fn. 3), S. 140 f.

10 BSG, Urt. v. 02.06.2009 – B 13 R 81/08 R, SozR 45075 § 1 Nr. 7; Urt. v. 03.06.2009 – B 5 26/08 R, SozR 45075 § 1 Nr. 8 u. Parallelentscheidung – B 5 R 66/08 R, juris; für einen Überblick über die einzelnen Entscheidungen s. *Glatzel*, NJW 2010, 1178, 1179 ff.; zur Rechtsentwicklung bis zur »Kehrtwende« *Kühl*, NZS 2019, 569, 570 ff.

11 Dazu *Reuter* (Fn. 3), S. 141 ff.

12 Dazu krit. *Reuter* (Fn. 3), S. 160 ff.; vgl. auch *Bieback*, SR 2019, 278, 279 ff.

II. § 59 SGB I

§ 59 SGB I regelt für alle Zweige des SGB das Erlöschen von sozialversicherungsrechtlichen Leistungsansprüchen bei Tod der oder des Berechtigten. Lediglich Ansprüche, die nach dieser Norm nicht erlöschen, können durch Sonderrechtsnachfolge gem. § 56 SGB I bzw. Vererbung gem. § 58 Satz 1 SGB I i.V.m. §§ 1922 ff. BGB auf andere Personen übergehen. § 59 SGB I erfasst insbesondere die auch in § 11 Satz 1 SGB I definierten Leistungen in Form von Dienst-, Sach- und Geldleistungen.¹³

Gem. § 59 Satz 1 SGB I erlöschen Ansprüche auf Dienst- und Sachleistungen generell mit dem Tod des Berechtigten. Das Erlöschen von Ansprüchen auf Geldleistungen formuliert § 59 Satz 2 SGB I dagegen als Ausnahme. Die Norm knüpft den Bestand der Ansprüche über den Tod des Berechtigten hinaus allerdings an zwei alternative Voraussetzungen: Entweder müssen die Ansprüche im Zeitpunkt des Todes des Berechtigten »festgestellt« oder es muss »noch ein Verwaltungsverfahren über sie anhängig« sein. Laut Gesetzesbegründung sei ein Übergang von Geldleistungen auf Rechtsnachfolger »aus rechtssystematischen und verwaltungspraktischen Gründen« ausschließlich in diesen Fällen angebracht.¹⁴

Anhand dieser beiden Tatbestandsmerkmale entschied sich maßgeblich, ob der Klägerin ein Anspruch auf Auszahlung der Rente ihres verstorbenen Ehemannes zustand.

1. Festgestellte Ansprüche

Als festgestellt i.S.d. § 59 Satz 2, 1. Alt. SGB I gelten Ansprüche nach a.M. lediglich dann, wenn die zuständige Behörde über sie durch Verwaltungsakt entschieden hat oder sie Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sind.¹⁵

2. Anhängiges Verwaltungsverfahren

Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren ist in § 8 SGB X für alle Zweige der Sozialversicherung definiert. Demnach ist es »die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist«. Das Verfahren beginnt gem. § 18 Satz 2 Nr. 1, 2. Alt. SGB X mit einem Antrag, sofern die Behörde – wie im Regelfall¹⁶ – dazu verpflichtet ist, auf Antrag tätig zu werden. Dies ist in Bezug auf Leistungen der Gesetzlichen Rentenversicherung gem. § 19 Satz 1, 2. Alt. SGB IV der Fall. § 115 Abs. 1 Satz 1 SGB VI regelt für die GRV

13 Gutzler, in: Giesen/Kreikebohm/Rolfs/Udsching (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, 55. Ed, Stand 01.12.2019, § 59 SGB I Rn. 2.

14 Begr. d. Bundesregierung zum SGB, BT-Drucks. 7/868, S. 33.

15 Siefert, in: Körner/Leitherer/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 107. EGL, Dezember 2019, § 59 SGB I Rn. 8.

16 Vgl. Mutschler, in: Kasseler Kommentar (Fn. 15), § 18 SGB X Rn. 5.

ausdrücklich, dass das Verfahren in Bezug auf eine Rentenleistung mit einem Antrag beginnt. Auch die RVO bzw. das AVG knüpfen die Einleitung des Verfahrens als auch die mögliche Vererblichkeit von Ansprüchen an einen Antrag.¹⁷

III. US-Sozialversicherungsabkommen

Bilaterale zwischenstaatliche Abkommen über die Anrechnung von jeweils nach dem anderen Statut gesammelte Versicherungszeiten oder Anwartschaften sowie die Auszahlung von Leistungen im jeweils anderen Vertragsstaat spielen im Zusammenhang mit Rentenansprüchen von ehemaligen NS-Verfolgten seit jeher eine große Rolle. Die meisten Überlebenden der NS-Verfolgung, insbesondere der als Juden Verfolgte, sind spätestens nach Ende des Zweiten Weltkriegs aus Deutschland geflohen bzw. ausgewandert. Hauptzielländer waren Israel und die USA. Sofern Rentenansprüche nach deutschem Recht bestanden, stellte sich also immer die Frage nach der Auszahlung bzw. Anrechnung im Ausland. Dasselbe gilt für Überlebende der NS-Verfolgung in den während des Zweiten Weltkriegs vom »Deutschen Reich« besetzten Gebieten, die in dortigen Ghettos arbeiten mussten.

Relevant waren in Bezug auf die mögliche Anrechnung und Auszahlung von Renten für eine Tätigkeit in einem Ghetto neben dem Abkommen mit den USA vor allem das mit Israel¹⁸ und das mit Polen.¹⁹

E. Analyse der Entscheidung

Das BSG hatte folgende grundlegende Frage zu entscheiden: Sind ZRBG-Ansprüche ihres verstorbenen Ehemanns auf die Klägerin im Wege der Rechtsnachfolge übergegangen? Einem Übergang konnte insbesondere § 59 Satz 2 SGB I entgegenstehen. Ansprüche des Versicherten waren nicht festgestellt worden i.S.d. § 59 Satz 2, 1. Alt. SGB I. Somit kam es entscheidend darauf an, ob der Versicherte vor seinem Tod einen Antrag i.S.d. § 18 Satz 2 Nr. 1, 2. Alt. SGB X, § 19 Satz 1 Alt. 2 SGB IV und § 115 Abs. 1 Satz 1 SGB VI gestellt und somit ein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I in Gang gesetzt hatte. Zudem machte die Klägerin geltend, dass das ZRBG wegen ihres nach dem Tod ihres Ehemannes gestellten Antrags rückwirkend

17 BSG, Urt. v. 18.10.1961 – 4 RJ 325/60, NJW 1962, 886; 886 f.; BSG, Urt. v. 29.01.1963 – 1 RA 182/60, juris, Rn. 6; BSG, Urt. v. 02.08.2000 – B 4 RA 54/99 R, DRV 2002, 661, juris, Rn. 34 ff. (Antrag als verfahrensrechtliche »Erfüllbarkeitsbedingung«); darauf Bezug nehmend nun BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 22.

18 »Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Staat Israel über Soziale Sicherheit« v. 17.12.1973, s. Gesetz v. 03.03.1975, BGBl. II S. 246.

19 »Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen über Renten und Unfallversicherung« v. 09.10.1975, Gesetz v. 12.03.1976, BGBl. II S. 393; außerdem »Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen zum Export besonderer Leistungen für berechnigte Personen, die im Hoheitsgebiet der Republik Polen wohnhaft sind« v. 05.12.2014, s. Gesetz v. 17.03.2015, BGBl. II 2015 S. 338.

ein Verwaltungsverfahren fingiert habe und somit der materiell-rechtliche Rentenanspruch auf sie übergegangen sei.

I. Antrag des Versicherten

Als ein vom Versicherten selbst gestellter Antrag kam alleine der am 15.09.1984 in den USA gestellte Antrag in Betracht, da der Versicherte bei einem deutschen Rentenversicherungsträger zu Lebzeiten keinen Antrag gestellt hatte. Allerdings hat das BSG zurecht abgelehnt, den Antrag bei dem US-amerikanischen Versicherungsträger auch als Antrag i.S.d. § 115 Abs. 1 Satz 1 SGB VI zu sehen. Laut den Feststellungen des SG Lübeck hatte der Versicherte bei seinem US-Antrag keine Versicherungszeiten nach deutschem Recht geltend gemacht.

1. Doppelwirkung durch US-Abkommen

Zwar wird ein schriftlicher Antrag bei der zuständigen Behörde des einen Vertragsstaats gem. Art. 14 Abs. 1 des Abkommens grundsätzlich so behandelt, als sei der Antrag (auch) bei der zuständigen Behörde des anderen Staates gestellt worden. Wie sich aus Art. 14 Abs. 2 des Abkommens ergibt, sind davon auch bzw. gerade Anträge auf Geldleistungen erfasst, die lediglich auf Verlangen des Antragstellers nicht als auch nach den Vorschriften des anderen Vertragsstaats gestellt gelten.

Jedoch ist ein Antrag speziell auf Geldleistungen gem. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der Durchführungsvereinbarung zum Abkommen vom 21.06.1978²⁰ lediglich dann doppelwirksam, wenn der Antrag erkennen lässt, dass auch Versicherungszeiten nach den Rechtsvorschriften des anderen Vertragsstaates geltend gemacht werden. Systematisch nachvollziehbar geht das BSG davon aus, dass es sich dabei um eine zwingende, Art. 14 Abs. 1 des Abkommens für Geldleistungen modifizierende Voraussetzung handelt.²¹ Ansonsten hätte die zusätzliche Implementierung des Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der Durchführungsvereinbarung wenig Sinn ergeben. Art. 7 Abs. 1 Satz 2 des Durchführungsabkommens statuiert, dass Art. 14 Abs. 2 des Abkommens unberührt bleibt und macht zusätzlich den Art. 14 Abs. 1 des Abkommens modifizierenden Charakter deutlich.

Mit der ausdrücklichen Einschränkung in Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der Durchführungsvereinbarung unterscheidet sich das US-Abkommen auch vom Sozialversicherungsabkommen mit Israel, das eine solche nicht enthält. Folgerichtig hat es der 13. Senat abgelehnt, das Urteil des Senats vom 19.04.2011, wie von der Klägerin angeregt, auf ihren Fall zu übertragen.²² In dieser Entscheidung hatte das BSG einen in Israel gestellten Rentenanspruch auch als Antrag nach deutschem Recht eingestuft, obwohl dieser keine

20 »Vereinbarung zur Durchführung des Abkommens vom 7. Januar 1976 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über Soziale Sicherheit« v. 21.06.1978, s. d. Zustimmungsgesetz v. 30.05.1979, BGBl. II S. 566.

21 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 23.

22 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 24.

Versicherungszeiten nach deutschem Recht enthielt. Bereits 2011 hatte sich der Senat maßgeblich darauf gestützt, dass das Abkommen mit Israel gerade keine Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der Durchführungsvereinbarung zum US-Abkommen entsprechende Voraussetzung enthält.²³

2. Fiktion der Geltendmachung durch § 2 Abs. 1 ZRBG

Ausführlich tritt das BSG auch der Argumentation der Klägerin entgegen, § 2 Abs. 1 ZRBG fingiere nicht nur Beitragszahlungen, sondern zugleich auch deren Geltendmachung, etwa i.S.d. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der Durchführungsvereinbarung. Auch wenn die Sichtweise der Klägerin auf den ersten Blick eher fernliegend erscheint, begründet der Senat sein Ergebnis äußerst gründlich anhand der Konkretisierungskriterien Wortlaut, Systematik, Genese und Sinn und Zweck.

Bereits nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 ZRBG liegt es fern, dass die Norm auch eine Fiktion der Geltendmachung enthält. Sie bezieht sich ausdrücklich ausschließlich auf die Fiktion von Beitragszahlungen für eine Tätigkeit in einem NS-Ghetto²⁴ und enthält damit eine eigenständige Grundlage für die Anrechnung von Beschäftigungszeiten in einem Ghetto.²⁵ Zudem ergibt sich laut BSG aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG a.F. in seiner ursprünglichen Fassung, dass dessen Rückwirkungsfiktion einen »gestellte[n] Antrag« voraussetze.²⁶

Allerdings lässt sich dagegen unter dem aktuellen Wortlaut der Norm genauso gut die Ansicht vertreten, dass § 3 Abs. 1 ZRBG auch die Geltendmachung des Anspruchs selbst fingiert. Dieses Argument widerlegt das BSG allerdings in der Folge überzeugend mit Hilfe der Gesetzgebungsgeschichte der Neuregelung, da dadurch lediglich die Antragsfrist, nicht jedoch das Antragsersfordernis gestrichen werden sollte.²⁷

Weitere überzeugende Argumente für sein Ergebnis leitet der Senat aus der Gesetzsystematik ab: Das ZRBG differenziere zwischen der Fiktion von Beitragszahlungen einerseits und der Antragstellung einer Rente andererseits. So lasse sich insbesondere § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG entnehmen, dass zur Geltendmachung der Rente nicht allein die Fiktion der Beiträge genüge, sondern hierfür ein von der Beitragsfiktion zu trennender realer Akt der Geltendmachung in Form eines Antrags erforderlich sei.²⁸ In der Tat lässt sich der Aufteilung des ZRBG eine gewisse Trennung entnehmen zwischen dem materiell-rechtlichen Rentenanspruch, den das ZRBG nach inzwischen h.M. in § 2 Abs. 1 ZRBG statuiert, und der eher verfahrensrechtlich orientierten Rückwirkungsfiktion des § 3 Abs. 1 ZRBG. In dieses System lässt sich die Annahme, § 2 Abs. 1 ZRBG enthalte zugleich die Fiktion der Geltendmachung, nicht widerspruchsfrei einordnen.

23 BSG, Urt. v. 19.04.2011 – B 13 R 20/10 R, SozR 4–6480 Art. 27 Nr. 1, juris, Rn. 20.

24 So auch BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 27.

25 Dazu bereits *Reuter* (Fn. 3), S. 142 f.

26 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 28.

27 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 30.

28 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 28.

In Bezug auf den Zweck des ZRBG, eine Lücke im Entschädigungsrecht zu schließen, sieht sich der Senat durch die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung²⁹ daran gehindert, alleine damit eine weitergehende Fiktionswirkung des § 2 Abs. 1 ZRBG zu rechtfertigen. Eine solche vorsichtige Handhabung des Gesetzeszwecks als Konkretisierungskriterium ist sicherlich angezeigt und nachvollziehbar, auch wenn derselbe Senat – in anderer Besetzung – die »Kehrtwende«-Entscheidung 2009 im Wesentlichen auf den allgemeinen Zweck des ZRBG gestützt hatte.³⁰

II. Rückwirkendes Verwaltungsverfahren i.S.d. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I

Mangels eigenen Antrags des Versicherten blieb lediglich die mögliche rückwirkende Fiktion eines Verwaltungsverfahrens i.S.d. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I durch § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG.

1. § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG als Schwerpunkt des BSG

Ausführlich befasst sich das BSG mit der Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG und der Reichweite der dort geregelten Rückwirkungsfiktion eines Rentenanspruchs auf den 18.06.1997. Das Gericht verneint die Frage, ob diese Rückwirkungsfiktion auch gleichzeitig den Beginn eines Verwaltungsverfahrens i.S.d. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I rückwirkend fingiert.

Auch wenn der Senat seine Konkretisierung des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG ausführlich und gründlich begründet (dazu sogleich), hätte doch § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I als erster Ansatzpunkt nähergelegen: § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG regelt jedenfalls, dass der Antrag als am 18.06.1997 gestellt gilt. Wie gesehen, markiert grundsätzlich der Antrag gem. § 115 Abs. 1 Satz 1 SGB VI bzw. § 18 Satz 2 Nr. 1, 2. Alt. SGB X den Beginn des Verwaltungsverfahrens. Somit müsste die erste Frage sein, ob ein rückwirkend zum 18.06.1997 fingierter Antrag ausreicht, um gleichzeitig rückwirkend den Beginn eines Verwaltungsverfahrens i.S.d. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I zu fingieren.

2. Anwendung des § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I auf rückwirkende Anträge

Allerdings sollen gem. § 59 Satz 2 SGB I lediglich Ansprüche übergangsfähig sein, die im Zeitpunkt des Todes verfahrensmäßig bereits – um mit dem BSG zu sprechen – »gefestigt«³¹ sind. Diese – vom BVerfG gebilligte³² – Voraussetzung liegt im Zeitpunkt des Todes des Versicherten im Fall eines lediglich rückwirkend fingierten Antrags gerade

29 Dazu aus sozialrechtlicher Sicht *Felix*, NZS 2019, 646 ff.

30 Dazu *Kübl*, NZS 2019, 569, 573.

31 BSG, Urt. v. 25.10.1984 – 11 RA 18/84, BSGE 57, 215 f.; BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 18.

32 BVerfG, Beschl. v. 01.12.1965 – 1 BvR 412/65, 524/65, BVerfGE 19, 202, 204, zur Vorgängerregelung.

nicht vor. Gleichzeitig muss das Konzept eines rückwirkenden Antrags einer Norm, die die Rechtsnachfolge im Falle des Todes des Berechtigten regelt, naturgemäß fremd sein. Somit ist – noch ohne Rücksicht auf das ZRBG – davon auszugehen, dass ein rückwirkender Antrag nicht zugleich ein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I fingieren und mithin keine rückwirkende Rechtsnachfolge bewirken kann.

3. Konkretisierung von § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG

Bleibt die Frage, die das BSG ohne den obigen Zwischenschritt gestellt und verneint hat, ob die Rückwirkungsfiktion gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG zugleich die Voraussetzungen für eine rückwirkende Rechtsnachfolge schafft und insoweit das allgemeine Verfahrensrecht in Form von § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I »überlagert«.³³

a) Ausgangslage

Vor Beantwortung der Frage sollte man sich den Sachverhalt erneut vor Augen führen: Die Klägerin machte mit ihrem Antrag nicht eigene Ghetto-Beitragszeiten i.S.d. § 2 Abs. 1 ZRBG geltend, sondern die Beschäftigungszeiten ihres Mannes in den Ghettos Koeszeg und Budapest. Daher lässt sich die Frage auch umformulieren: Ermöglicht es § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG einer potentiellen Rechtsnachfolgerin eines Berechtigten i.S.d. § 1 Abs. 1 ZRBG, durch einen erstmaligen Antrag nach dessen Tod rückwirkend die Voraussetzungen für den Übergang des Rentenanspruchs nach dem ZRBG zu schaffen, den sie mit dem Antrag geltend macht? Ein Zirkelschluss wird deutlich: Die Klägerin macht mit dem erstmaligen Antrag einen Leistungsanspruch geltend, der wegen § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I bis zu diesem Zeitpunkt nicht auf sie übergegangen sein konnte. Die Rückwirkungsfiktion des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG könnte ggf. über § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I hinweghelfen, setzt jedoch erst mit Stellung des Antrags ein. Die Klägerin würde damit erst durch die Stellung des Antrags Inhaberin des Anspruchs, den sie mit dem Antrag geltend macht. Bereits *prima facie* erscheint ein solcher Mechanismus rechtstechnisch dermaßen diffizil, dass der Gesetzgeber ihn wohl ausdrücklich und damit einfacher hätte regeln müssen.

Für den Senat scheint der Schwerpunkt in der Frage zu liegen, ob § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG neben dem ausdrücklich genannten Antragszeitpunkt auch ein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I rückwirkend fingiert. Dazu legt das Gericht die Norm anhand von Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte bzw. Sinn und Zweck aus.³⁴

b) Wortlaut

Zurecht beginnt der Senat mit der Wortlautauslegung der Norm. Der Gesetzestext muss als einziges vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber in dem dafür vorgesehenen

33 Vgl. die Wortwahl des BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 19.

34 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 19.

Verfahren verabschiedetes Produkt Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung sein.³⁵ Allerdings zeigen die Ausführungen des BSG zugleich die Schwäche des grammatischen Kriteriums: seine oft mangelnde Aussagekraft. So führt der Senat aus, dass § 3 Abs. 1 ZRBG bereits nach dem Wortlaut seiner Überschrift »Besonderheiten beim Rentenbeginn und Neufeststellung« keine Regelungen zum »verwaltungsverfahrenrechtlichen Beginn des (ersten) Rentenverfahrens« enthalte. Auch im Normtext selbst finde sich sprachlich-grammatikalisch kein Bezug zum Verwaltungsverfahrenrecht, der es erlauben würde, von einer Überlagerung des § 59 Satz 2 SGB I auszugehen. In §§ 3 Abs. 3 ff. ZRBG würden vielmehr nur Sonderregelungen speziell zu § 44 SGB X bzw. der Neufeststellung getroffen. § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG eröffne allein die Möglichkeit, einen tatsächlich später erfolgten Antrag fiktiv als am 18.06.1997 gestellt anzunehmen. Der Wortlaut enthalte jedoch keine Regelung dazu, dass durch die Antragsrückwirkung auch ein anhängiges Verwaltungsverfahren fingiert werden soll.³⁶

Zurecht stellt das BSG damit fest, dass sich aus dem Wortlaut keine entsprechenden ausdrücklichen Anhaltspunkte für eine Überlagerung des § 59 Satz 2 SGB I ergeben. Gleichwohl ist damit nicht gesagt, dass der Wortlaut einer entsprechenden Auslegung auch tatsächlich entgegensteht.³⁷ Denn genau so gut lässt sich vertreten, dass § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG dem Wortlaut nach zwar eine Antragsrückwirkung regelt und nicht mehr, aber eben auch nicht weniger. Dem Wortlaut lässt sich nämlich ebenso wenig entnehmen, dass der rückwirkende Antragszeitpunkt als Ausnahme vom ansonsten geltenden Verfahrensrecht nicht zugleich auch den (rückwirkenden) Beginn des Verwaltungsverfahrens markiert. Wie häufig, ist der Wortlaut der Norm insoweit also nicht eindeutig.

c) Systematik

Das BSG gründet seine Entscheidung weiter darauf, dass auch »systematische Erwägungen« gegen die rückwirkende Fiktion eines Verwaltungsverfahrens sprächen. Bei seiner systematischen Betrachtung nimmt das BSG im Wesentlichen eine Makro-Perspektive ein und ordnet das ZRBG als Ganzes in das Gefüge zwischen Rentenversicherungs-, Verfahrens- und Entschädigungsrecht ein. Der Gesetzgeber habe das ZRBG insgesamt als Spezialregelung und Ergänzung zum SGB VI konzipiert. Im Übrigen ergänze es die Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung (WGSVG). Sonderregelungen zum allgemeinen Verwaltungsverfahren bei Rentenleistungen sehe das ZRBG jedoch lediglich punktuell vor, etwa zum Neufeststellungsverfahren.³⁸ Das lässt sich sicherlich gut vertreten, kommt jedoch etwas apodiktisch daher. Gleichzeitig übergeht das BSG wiederum den möglichen Einwand, dass § 3 Abs. 1 ZRBG mit der Antragsfiktion als Nebenfolge auch den

35 Dazu Reuter (Fn. 3), S. 53.

36 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 19.

37 Vgl. zu dem methodologischen Grundproblem der Interpretation von gesetzgeberischem »Nicht-Handeln« Bieback, SR 2019, 278, 280.

38 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 20, zum WGSVG unter Verweis auf § 1 Abs. 2 ZRBG i.V.m. § 7 WGSVG.

rückwirkenden Beginn eines Verwaltungsverfahrens auslösen könnte, ohne damit direkt systemwidrig zu werden.

Daneben beruft sich das BSG in seinen Ausführungen zur Systematik des ZRBG auch auf eine Passage in der Entwurfsbegründung der Bundesregierung zum »Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes zum ZRBG« vom 11.04.2014: Dort hieße es ausdrücklich, dass im Fall des Versterbens des Berechtigten §§ 56 bis 59 SGB I für den Übergang des »Anspruchs auf Rentenzahlung« auf die Rechtsnachfolger maßgeblich blieben.³⁹ Dieses Argument des Senats ist in zweierlei Hinsicht nicht einwandfrei: Zum einen handelt es sich nicht um ein systematisches, sondern um eine Argument mit der Gesetzgebungsgeschichte. Zum anderen gibt das BSG die Entwurfsbegründung nicht ganz korrekt wieder. Die zitierte Passage bezieht sich auf den durch das erste ZRGB-Änderungsgesetz geänderten § 3 ZRBG. Dieser statuiert seitdem in Abs. 3, dass die vierjährige Nachzahlungsbegrenzung gem. § 44 Abs. 4 SGB X auf Renten mit Ghetto-Beitragszeiten keine Anwendung findet. Außerdem wurde die ursprüngliche Antragsfrist in § 3 Abs. 1 ZRBG a.F. gestrichen. Seitdem können Rentennachzahlungen nach dem ZRBG rückwirkend auch bis zum 18.06.1997 erfolgen. Die neuen § 3 Abs. 4 und Abs. 5 ZRBG ermöglichen es Berechtigten, denen nach altem Recht bereits eine Rente bewilligt wurde, zu beantragen, dass ihre Rente rückwirkend bis zum frühestmöglichen Zeitpunkt festgesetzt werden soll. Die Berechtigten haben dadurch die Wahl zwischen einer Nachzahlung unter Reduzierung ihrer monatlichen Rentenbeträge und der Beibehaltung ihrer im Vergleich dazu höheren monatlichen Leistungsbeträge.

Nur auf diese mögliche und von den Berechtigten zu beantragende Nachzahlung bezieht sich auch die vom BSG in Bezug genommene Stelle der Entwurfsbegründung: »Im Falle des Versterbens der Berechtigten geht der Anspruch auf die Rentennachzahlung unter den Voraussetzungen der [...] §§ 56 bis 59 [SGB I] auf die Rechtsnachfolger über.«⁴⁰ Die Regierungsbegründung erfasst also ausdrücklich lediglich die Situation, dass der Berechtigte, der bereits eine Rente nach dem ZRBG bezieht, verstirbt, bevor er eine mögliche rückwirkende Nachzahlung erhalten hat. Hat er zuvor einen Antrag gem. § 3 Abs. 4 oder Abs. 5 ZRBG gestellt, ist der entsprechende Nachzahlungsanspruch gem. § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I übergangsfähig.

Trotz dieser Ungenauigkeiten ist dem BSG darin zuzustimmen, dass die Passage jedenfalls ein deutliches – gesetzgebungshistorisches – Indiz für sein gefundenes Auslegungsergebnis ist: Wenn auch der Nachzahlungsanspruch lediglich bei vorherigem Antrag des Berechtigten i.S.d. § 3 Abs. 4 und Abs. 5 ZRBG bei dessen Tod übergangsfähig sein soll, wird dies auch beim Grundanspruch auf eine Rente nach dem ZRBG der Fall sein.

39 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 20.

40 Begründung der Bundesregierung zum »Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto« v. 05.05.2014, BT-Drucks. 18/1308 (das BSG zitiert in seiner Entscheidung die gleichlautende Bundesratsdrucksache).

d) Telos

Das stärkste und vordringlichste Argument gegen einen Anspruch der Klägerin begründet der Senat erst in seinem Abschnitt zur »Auslegung unter Berücksichtigung des sich aus der Entstehungsgeschichte des § 3 Abs. 1 ZRBG ergebenden Sinn und Zwecks der Vorschrift«,⁴¹ nach dem er es davor nur in einem Halbsatz erwähnt: § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG regelt nicht den Fall, dass der Verstorbene vor Stellung eines Rentenanspruchs verstorben ist.⁴²

Ganz unabhängig von der seit jeher umstrittenen Rolle des ZRBG im System der Rentenversicherung und einer möglichen Überlagerung von § 59 Satz 2, 2. Alt. SGB I durch § 3 Abs. 1 ZRBG ist die am nächsten liegende Frage: Ist § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG überhaupt anwendbar auf Anträge, die nicht vom ehemaligen Verfolgten selbst stammen? Das BSG verneint diese Frage und begründet das wie gesehen nach eigenen Angaben mit dem Sinn und Zweck der Norm, den es aus Entstehungsgeschichte und Materialien zum ZRBG ableitet.

Insoweit ist die Herangehensweise des Senats methodologisch vorbildlich: Die Konkretisierung nach dem »Sinn und Zweck« eines Gesetzes ist ambivalent. Auf der einen Seite ist er ein wichtiges Kriterium, weil er im Gegensatz zu den eher formalistischen Elementen Wortlaut und Systematik ein materielles Leitbild für die Konkretisierung darstellt. Andererseits macht gerade dieser Wertbezug das Kriterium besonders anfällig für Eigenwertungen und Vorverständnisse des Rechtsanwenders. Methodologisch unbedenklich ist die Argumentation mit dem Zweck einer Vorschrift dann, wenn er sich aus dem Gesetzestext bzw. dem Gesetzgebungsprozess argumentativ herleiten lässt. Von Bedeutung ist das teleologische Element dann vor allem, um einzelne Tatbestandsmerkmale einer Norm zu konkretisieren.⁴³

Diese Prämisse beachtet das BSG im Ausgangspunkt, wenn es den Sinn und Zweck von § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG aus der Entstehungsgeschichte der Norm herleiten möchte.⁴⁴ Allerdings stützt der Senat sein Argument am Ende vor allem auf systematische und genetische Elemente: Die systematische Mikroperspektive von § 3 Abs. 1 ZRBG selbst ergibt nämlich, dass der Gesetzgeber den Fall des vor Antragsstellung verstorbenen Berechtigten und die Antragsmöglichkeit der Hinterbliebenen durchaus geregelt hat – allerdings in Satz 2.⁴⁵ An dieser Stelle statuiert die Norm auch ausdrücklich die Rückwirkung des Antrags eines Hinterbliebenen (und potentiellen Rechtsnachfolgers) auf Hinterbliebenenrente. Aus dieser systematischen Gegenüberstellung von § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZRBG lässt sich überzeugend ableiten, dass Satz 1 ausschließlich Anträge der ursprünglichen Berechtigten erfasst.

41 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 21.

42 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 21.

43 Dazu Reuter (Fn. 3), S. 62 f.

44 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 21.

45 So auch BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 21.

e) Gesetzgebungsgeschichte

Auch die Gesetzgebungsgeschichte selbst spricht stark dafür, dass § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG ausschließlich von ehemaligen Verfolgten selbst gestellte Anträge erfasst.⁴⁶ So heißt es in der Begründung zum ZRBG der damaligen Bundestagsfraktionen von SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP ausdrücklich, dass § 3 Abs. 1 Satz 2 ZRBG (a.F.) für den Fall gelte, dass »der Verfolgte vor Stellung eines Rentenanspruchs« verstorben ist.⁴⁷

Grundsätzlich ist die Aussagekraft einer Aussage in einer Gesetzesbegründung für die Konkretisierung einer Norm kritisch zu hinterfragen. Allerdings erlaubt es insbesondere das Modell der kollektiven Intentionalität, bestimmte Gesetzgebungsmaterialien dem Bundestag bzw. Bundesrat als Gesetzgeber zuzurechnen und so in den Auslegungprozess einzubeziehen.⁴⁸

Im Fall des ZRBG in seiner ursprünglichen Form besitzt insbesondere die Entwurfsbegründung eine ungewöhnlich hohe demokratische Legitimation, da alle Fraktionen das ZRBG – wenn auch in zwei getrennten, gleichlautenden Entwürfen – in den Bundestag einbrachten und in dieser Form einstimmig verabschiedeten. Dadurch ist es wesentlich überzeugender, anzunehmen, dass sich der Bundestag als Gesetzgeber auch einzelne Aussagen der Entwurfsbegründung zu eigen gemacht hat, als dies etwa bei Gesetzesbegründungen der Bundesregierung oder einzelner Fraktionen der Fall ist.⁴⁹

Das wohl stärkste Argument, das das BSG gegen die Einbeziehung von erstmaligen Anträgen potentieller Rechtsnachfolger in die Rückwirkungsfiktion des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZRBG anführt,⁵⁰ stammt jedoch aus dem Gesetzgebungsprozess zum ersten ZRBG-Änderungsgesetz im Jahr 2014. Damals hatte die Bundestagsfraktion der Grünen ausdrücklich beantragt, § 3 Abs. 1 ZRBG über den Änderungsentwurf der Bundesregierung hinaus wie folgt zu fassen: »Ein Antrag auf Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung gilt als am 18. Juni 1997 gestellt. Satz 1 gilt auch bei Hinterbliebenen, wenn der Verfolgte nach dem 17. Juni 1997 verstorben ist.«⁵¹ Diesen Antrag hatte die Fraktion damit begründet, dass ein Teil der in den Ghettos beschäftigten Personen vor ihrem Tod keinen Rentenanspruch gestellt habe. Deswegen sei auch keine nachträgliche Antragstellung mehr möglich und ihre Hinterbliebenen stünden möglicherweise ökonomisch dadurch schlechter.⁵²

46 So auch BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 21.

47 BT-Drucks. 14/8593, S. 6. Ebenso in der gleichlautenden Begründung der Fraktion der damaligen PDS zu ihrem gleichlautenden ZRBG-Entwurf, BT-Drucks. 14/8602, S. 6.

48 *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, Tübingen 2015, S. 246 ff.

49 *Reuter* (Fn. 3), S. 143.

50 BSG, Urt. v. 16.05.2019 – B 13 R 37/17 R, SozR 4–1200 § 59 Nr. 2, juris, Rn. 21.

51 Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 04.06.2014, BT-Drucks. 18/1649, S. 5.

52 Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 04.06.2014, BT-Drucks. 18/1649, S. 6.

Dieser Antrag wurde abgelehnt. Im zuständigen Ausschuss begründete etwa die SPD-Fraktion ihre Ablehnung u.a. damit, dass der Änderungsvorschlag »völlig aus dem Rahmen rentenrechtlicher Regelungen« falle.⁵³

Auch unter Berücksichtigung der methodologischen Bedenken, die dagegen bestehen, einzelne Elemente des Gesetzgebungsprozesses zur Gesetzeskonkretisierung heranzuziehen, ist dieser Vorgang ein starkes Indiz für das vom BSG zugrundgelegte Verständnis des geltenden § 3 Abs. 1 ZRBG. Das gesetzgebende Organ hat es im Rahmen einer wiederum einstimmig verabschiedeten Gesetzesänderung explizit abgelehnt, auch erstmaligen Anträgen von Hinterbliebenen eine Rückwirkung zu verleihen. Aus den jeweiligen Begründungen lässt sich zudem ablesen, dass das Gesetz eine derartige Regelung in seiner geltenden Fassung gerade nicht trifft, und zugleich, dass es diese Regelung auch in Zukunft nicht enthalten soll. Während die Gesetzeskonkretisierung zu konkreten Rechtsfragen anhand von Gesetzgebungsmaterialien ansonsten meistens unergiebig ist, lässt sich anhand dieses Gesetzgebungsprozesses die vom BSG getroffene Entscheidung erfreulich nachvollziehbar und überzeugend stützen.

F. Schluss

Das BSG hat eine in Ergebnis und Begründung überwiegend überzeugende Entscheidung vorgelegt. Der Senat ist insbesondere bemüht, seine Konkretisierung von §§ 2 und 3 ZRBG sehr sorgfältig zu begründen. Dabei bedient sich das Gericht den verbreiteten Auslegungskriterien und exerziert diese jeweils beinahe schulmäßig durch. Auch wenn die Abgrenzung zwischen den einzelnen Kriterien teilweise diskussionswürdig ist, ist diese auf methodische Belastbarkeit und Transparenz angelegte Entscheidungsweise gerade in Bezug auf das ZRBG gleichermaßen lobenswert wie angemessen. Zu lange war die Konkretisierung des ZRBG insbesondere in den Entscheidungen des BSG von einer von Vorverständnissen geprägte Diskussion um die »richtige« systematische Einordnung des ZRBG zwischen Entschädigungs- und Rentenversicherungsrecht überlagert. Diese wurde weder den – wie die Hamburger Tagung eindrucksvoll gezeigt hat – überwiegend sehr engagiert und akribisch arbeitenden Sozialrichterinnen und Sozialrichtern gerecht und schon gar nicht dem Schicksal der ehemaligen NS-Verfolgten. Zwar zeigt die aktuelle Entscheidung, dass das ZRBG nach wie vor Fragen über sein Verhältnis zum allgemeinen Sozialversicherungsrecht aufwirft, hier in Form des Verfahrensrechts. Doch ist es dem 13. Senat gelungen, diese Frage in nüchterner und transparenter Weise zu beantworten. Gleichzeitig verliert er nicht aus den Augen, dass das ZRBG ein im Gefüge des Entschädigungs- und Sozialversicherungsrechts rechtssystematisch wohl einzigartiges Gesetz ist, mit dem der Gesetzgebers auf die einzigartig grausame Geschichte der ehemaligen Verfolgten reagiert hat.

53 Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 04.06.2014, BT-Drucks. 18/1649, S. 6.

Rezensionen

Katja Chandna-Hoppe, Die Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters – Zur Systematik der Befristungskontrolle am Beispiel der Befristung nach Erreichen des Rentenalters im Spannungsfeld von Unionsrecht und nationalem Recht, Duncker & Humblot, Berlin 2019, 363 S., 89,90 €

Dass die Zahl der Beschäftigten im Rentenalter zunimmt, beruht, wie *Chandna-Hoppe* erläutert, auf einer gesteigerten Leistungsfähigkeit Älterer, einer gestiegenen Arbeitsmarktnachfrage, auf einer teils zu niedrigen Altersrente und auf dem Wunsch nach beruflicher Betätigung, und zwar aus finanziellen und aus ideellen Gründen.

Nach einem Urteil des BAG vom 11.02.2015 kann eine Befristung jenseits der Regelaltersgrenze unter bestimmten engen Voraussetzungen auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG gestützt werden. Im Übrigen ist § 41 Satz 3 SGB VI einschlägig. Diese Vorschrift lässt ein Hinausschieben des Endes der Beschäftigung des Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber zu, wenn dies während des laufenden Arbeitsverhältnisses geschieht. Unklar ist, auch nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. *John* (Rs. C-46/17), ob Voraussetzung ist, dass die Vertragsbedingungen nicht geändert werden – was die Verfasserin zutreffend verneint.

Chandna-Hoppe unternimmt es, die Befristung im Rentenalter in die allgemeine Systematik des Befristungsrechts nach Unionsrecht und deutschem Recht einzuordnen. Mit Recht schließt sie sich dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts an, dass der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta nur erfüllt ist, wenn zwingende Vorgaben des Unionsrechts bestehen – was hier nicht der Fall ist. Sie untersucht im Einzelnen die gesamte Reihe einschlägiger Entscheidungen des EuGH von *Adeneler* über *Kücük* bis *Pérez López* (Rs. C-212/04, C-586/10, C-16/15). Als Zwischenergebnis hält sie fest, dass bei einem strukturellen Mangel an Dauerstellen keine befristete Beschäftigung zulässig ist. Im Übrigen lassen sich nach Auffassung der Autorin drei Kriterien des Sachgrundbegriffs beim EuGH feststellen: gerichtliche Überprüfbarkeit des Sachgrundes, Bezug zu einer konkreten Tätigkeit und vorübergehender Beschäftigungsbedarf.

Die allgemeinen Erkenntnisse überträgt *Chandna-Hoppe* auf die Befristung im Rentenalter, ausgehend von der Rs. *John* und § 41 Satz 3 SGB VI. Nach ihrer Ansicht wird die Norm den drei zuvor genannten allgemeinen Anforderungen nicht gerecht. Anscheinend sieht der EuGH aber Arbeitnehmer nach Erreichen der Altersgrenze als eine besondere Kategorie von Arbeitnehmern an, für die abgesenkte Anforderungen an eine Befristung gelten. Da die Vorschrift den üblichen Anforderungen an eine Sachgrundbefristung nicht entspricht und insbesondere weder eine inhaltliche noch eine zeitliche Begrenzung enthält, wird in der Literatur teils eine maximale Befristungsdauer vorgeschlagen, teils eine Begrenzung der Anzahl von Verlängerungen. Vorzugswürdig erscheint der Verfasserin eine Anknüpfung an den Überbrückungsbedarf beim Arbeitgeber.

Unabhängig von der Befristungsrichtlinie unterliegt die befristete Beschäftigung im Rentenalter der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG. Anders als in der Rs. *Georgiev*

(C-250/09) vertritt der EuGH in der Rs. *John* die Ansicht, die Wahlmöglichkeit zwischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und (befristeter) Weiterbeschäftigung sei günstiger als eine zwingende Beendigung durch die Regelaltersgrenze. Nach *Chandna-Hoppe* müssen beide Prüfschritte, nämlich günstigere Regelung einerseits, Abwägung der Vor- und Nachteile beim Rechtfertigungsgrund andererseits, auseinander gehalten werden. Bei Überprüfung der Verhältnismäßigkeit kommt die Autorin zu dem Ergebnis, dass die Möglichkeit einer einschränkungslosen Befristung den Anforderungen der Richtlinie 2000/78/EG nicht genügt.

In einem letzten Abschnitt untersucht die Autorin Vorschläge zur Ausgestaltung der Weiterarbeit im Rentenalter. Diese können beim Kündigungsschutzrecht und beim Befristungsrecht ansetzen. Klauseln über Unkündbarkeit in Tarifverträgen sollten als auf das Rentenalter befristet ausgelegt werden. Bei einer personenbedingten Kündigung im Rentenalter könne der Regelungsgedanke des § 313 BGB herangezogen werden: Die Parteierwartung zur Weiterarbeit wird enttäuscht, wenn die Leistungsfähigkeit signifikant sinkt. Eine Reform des § 1a KSchG könnte Abfindungsregeln im Rentenalter beschränken. Wie teilweise in der Literatur vorgeschlagen, könnte dem Rentner ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung eingeräumt werden, den der Arbeitgeber – anders als nach geltendem Recht – nur aus betrieblichen Gründen ablehnen kann.

Im Hinblick auf das Befristungsrecht schlägt *Chandna-Hoppe* eine Änderung *de lege ferenda* vor. Sie läuft auf eine Sachgrundbefristung hinaus, die nur einen vorübergehenden Bedarf abdeckt. Zu überlegen ist aber: Eigentlich müsste ein Arbeitnehmer so lange arbeiten dürfen, wie er entsprechend leistungsfähig ist. Allerdings werden die Vorteile der Regelaltersgrenze – der Arbeitgeber braucht einen Leistungsabfall nicht im Einzelfall zu begründen – durch die Möglichkeit einer unbefristeten Weiterarbeit aufgehoben. Der Arbeitgeber sollte daher, statt einen Leistungsabfall, wenn auch mit Beweiserleichterung, im Einzelfall begründen zu müssen, auf objektive Kriterien zurückgreifen dürfen. Insoweit kommt eine maximale Altersgrenze oder, wie nach § 14 TzBfG, eine Höchstzahl von Verlängerungen in Betracht.

Die anregende Schrift – eine Dissertation bei *Waltermann* – enthält die gesamte Palette von Rechtsfragen und Argumenten zu den Grundlagen des Befristungsrechts und zum Recht der Weiterbeschäftigung von Rentnern. Bei allen Fragen aus diesem Bereich ist sie daher unbedingt heranzuziehen.

Prof. Dr. Rolf Wank, Bochum

Autoren dieses Heftes

Prof. Dr. *Karl-Jürgen Bieback*
Universität Hamburg
Silker Weiche 36a
21465 Reinbek
E-Mail: BiebackKJ@t-online.de

Dr. *Kirsten Kaiser*
Richterin am Sozialgericht Lübeck
Eschenburgstraße 3
23569 Lübeck

Sabine Knickrehm
Vorsitzende Richterin am Bundessozialgericht
Graf-Bernadotte-Platz 5
34119 Kassel

Ursula Scheurer
Richterin am Sozialgericht
Sozialgericht Hamburg
Dammstr. 7
20354 Hamburg
E-Mail: ursula.scheurer@sg.justiz.hamburg.de

Dr. iur. *Axel Tiemann* LL.B. (Cantab.)
Leiter der Kundenabteilung
Deutsche Rentenversicherung Nord
Platanenstraße 43
17033 Neubrandenburg
E-Mail: info@drv-nord.de

Prof. Dr. *Rolf Wank*
Dabringhauser Str. 129
50169 Köln

Andreas Wittenberg
Vizepräsident des Sozialgerichts a.D.
Kurt-Schill-Weg 2
22455 Hamburg
E-Mail: awittenberg@hanwitt.de

Prof. Dr. *Ferdinand Wollenschläger*
Universität Augsburg
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches
Wirtschaftsrecht,
Co-Direktor des Instituts für Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht
Universitätsstraße 24
D-86159 Augsburg
E-Mail: ferdinand.wollenschlaeger@jura.uni-augsburg.de

Alles zum Arbeitsrecht für Ihre tägliche Mandatsbearbeitung

Inkl. aktueller
Inhalte zu rechtlichen
Fragestellungen zur
Corona-Krise



Das **Modul Arbeitsrecht** versorgt Sie mit zahlreichen hochwertigen Handbüchern, Kommentaren, Formularen und der Zeitschrift „FA – Fachanwalt Arbeitsrecht“. Das ideale Online-Modul für alle, die in puncto Arbeitsrecht immer auf dem neuesten Stand bleiben möchten.

Monatlich ab
63 €
zzgl. MwSt.



Jetzt QR-Code scannen
und mehr erfahren.

[wolterskluwer-online.de](https://www.wolterskluwer-online.de)

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.

Kompetent auf Veränderungen im Sozialrecht reagieren →

Monatlich ab
210 €
zzgl. MwSt.

Luchterhand MODUL 

Sozialrecht

Verlassen Sie sich auf hochwertige und stets aktuelle Inhalte im **Modul Luchterhand Sozialrecht** und reagieren Sie auf Veränderungen kompetent und rechtssicher. Greifen Sie damit auf alle Kommentierungen der zwölf Sozialgesetzbücher, einer Kommentierung zum Sozialgerichtsgesetz sowie zwei aktuelle Zeitschriften zurück.



Jetzt QR-Code scannen
und mehr erfahren.

[wolterskluwer-online.de](https://www.wolterskluwer-online.de)

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.