

## VI. Zusammenfassung

1. Die Schaffung des Gesetzes ist geprägt von dem Bestreben, eine einheitliche zivilrechtliche Rechtslage für das Heimwesen in Deutschland<sup>44</sup> herbeizuführen. Dies ist gelungen. Angesichts der praktischen Bedeutung für Millionen Betroffene muss man sich allerdings ernsthaft fragen, warum dies nicht bereits unmittelbar im Zusammenhang mit der Schuldrechts- oder zumindest der Föderalismusreform erfolgt ist.

2. Inhaltlich stellt das WBVG keinen „großen Wurf“ dar. Man merkt ihm den Zeitdruck, mit dem es geschaffen wurde, bereits im vom BGB abweichenden Aufbau, aber auch

sprachlich an, § 1907 BGB – Genehmigung der Wohnraumkündigung durch den Betreuer – ist nicht harmonisiert worden<sup>45</sup>. Soweit einzelne Bereiche mit Begriffen des öffentlichen Heimrechts der Länder ausgefüllt werden müssen, steht die wünschenswerte Harmonisierung (noch) aus.

3. Ob die Mehrbelastung der Wirtschaft durch die Wirkung der verbraucherschützenden Instrumente aufgewogen wird, ist offen. ■

44 Instruktive Nachw. bei Palandt/Weidenkaff (o. Fußn. 29), Vorb. WBVG Rdnr. 2.

45 Dazu Palandt/Weidenkaff (o. Fußn. 29), Vorb. WBVG Rdnr. 1.

Rechtsanwältin Dr. Brigitte Glatzel, Mainz\*

## Voraussetzungen für Rentenzahlungen an Ghettoarbeiter

### Klärung durch die Entscheidungen des BSG vom 2./3. 6. 2009

Die Entschädigung der Opfer des Nationalsozialismus war noch nie ein Lieblingsthema der Deutschen. Ein besonders peinliches Beispiel ist der Umgang mit den „Ghetto-Rentnern“. Mehr als 50 Jahre nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs hatte man eine bedeutende Lücke bei der Entschädigung von NS-Opfern festgestellt. Erst jetzt hat das BSG diese letztlich geschlossen, so dass Tausende der Betroffenen nun doch noch auf eine Rente hoffen können.

#### I. Einleitung

Bereits 1997 hatte das BSG<sup>1</sup> gemahnt, dass Juden, die im von den Nazis besetzten Osteuropa in Ghettos gearbeitet hatten, unter bestimmten Umständen einen Rentenanspruch erworben haben sollen.

2002 verabschiedete der Bundestag ein entsprechendes Gesetz<sup>2</sup>, doch kaum einer bekam die versprochene Rente. Viele Beteiligte haben in dieser sensiblen Frage, bei der es um Entschädigung und zugleich Versöhnung geht, versagt: Die Parlamentarier der Großen Koalition, die über Jahre keinen Verbesserungsbedarf sahen, die Rentenversicherer, die stur ihre Maßstäbe der Gegenwart auf eine historische Situation anwendeten, und auch die Sozialgerichte, die zumeist der Verwaltungspraxis folgten und dann das Problem an die nächsthöhere Instanz weiterreichten.

Nun haben die zuständigen Senate des BSG, der 5. und der 13., fast wider Erwarten den rechten Weg genommen und alle, fast möchte man sagen, mutwillig aufgebauten Hürden niedrigerissen. Gerade noch rechtzeitig vielleicht, um allzu großen moralischen Schaden von der Bundesrepublik abzuwenden. Dennoch bleibt ein bitterer Beigeschmack. Das Thema wurde von Politik und Verwaltung lange Zeit nicht ernst genug genommen mit der Folge, dass viele der hochbetagten NS-Opfer die Kehrtwende von Kassel gar nicht mehr erlebt haben.

Das Ghettoentengesetz aus dem Jahr 2002, mit dem der Bundestag eigentlich eine letzte Lücke bei der Entschädigung von NS-Opfern schließen wollte, hatte von Anfang an nicht gut funktioniert. Es handelt sich um das Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto (ZRBG)<sup>3</sup>. Das ZRBG arbeitet mit der gesetzlichen Fiktion, wonach für Zeiten der Beschäftigung von Verfolgten in einem Ghetto Beiträge als gezahlt gelten, § 2 I Halbs. 1 ZRBG. In der Folge des Gesetzes gingen circa 70 000 An-

träge bei den Deutschen Rentenversicherungsträgern ein, davon je rund 30 000 von Antragstellern mit Wohnsitz in Israel und in den USA. Jedem Ghettoüberlebenden (Durchschnittsalter etwa 80 Jahre) stehen danach im Falle einer Bewilligung im Schnitt 250 Euro monatliche Rente zu. Die Anträge wirken kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auf das Jahr 1997, dem Jahr der ersten Entscheidung des 5. Senats<sup>4</sup>, zurück, § 3 ZRBG.

Nur 5000 Antragsteller bekamen Leistungen nach dem ZRBG bewilligt. Die übrigen 95% der Anträge wurden abgelehnt mit der Begründung, die Angaben der Antragsteller seien nicht glaubhaft, widersprüchlich oder unzureichend. Geradezu zynisch erklärte die Bundesregierung im August 2006, die hohe Ablehnungsquote resultiere aus der Unkenntnis der Antragsteller über die komplexe Rechtslage und entspreche den Erwartungen des Gesetzgebers<sup>5</sup>. Angesichts einander widersprechender Urteile des BSG war die Auslegung der zentralen Begriffe des ZRBG „Beschäftigung und Entgelt“ noch immer nicht geklärt<sup>6</sup>. Die Bundesregierung hielt eine Änderung des ZRBG nach wie vor nicht für erforderlich<sup>7</sup>. Vielmehr hat sie an Stelle eines Gesetzgebungsverfahrens zunächst durch Kabinettsbeschluss vom 19. 9. 2007 eine Richtlinie in Kraft gesetzt, die eine humanitäre „Anerkennungsleistung“ ermöglicht, die vorsieht, dass Arbeit in einem Ghetto, die keine Zwangsarbeit war und bisher ohne sozialversicherungsrechtliche Berücksichtigungsmöglichkeit geblieben ist, mit einer einmaligen Zahlung von 2000 Euro anerkannt wird.

Das LSG Nordrhein-Westfalen<sup>8</sup> urteilte noch im vorvergangenen Jahr, die Zwangsarbeit der Juden in den Ghettos gelte nicht als Beitrags- oder Ersatzzeiten im rentenversicherungsrechtlichen Sinne mit der Begründung, dass für Zeiten der Beschäftigung von Verfolgten in einem Ghetto Beiträge nur dann als gezahlt gelten, wenn die Verfolgten in dem Ghetto eine Beschäftigung aus eigenem Willensentschluss gegen Entgelt ausgeübt haben. Bei der Gewährung von Sachbezügen müsse das Maß des persönlichen Bedarfs überschritten werden und die Lebensmittel müssen zur freien Verfügung gewährt werden, damit von Entgelt ausgegangen werden kön-

\* Die Autorin ist Rechtsanwältin in Mainz unter anderem mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Sozialrecht.

1 BSGE 80, 250 = NJW 1998, 2309 = SozR 3-220 § 1248 Nr. 15.

2 BGBl I, 2074.

3 BGBl I, 2074.

4 BSGE 80, 250 = NJW 1998, 2309.

5 BT-Dr 16/1955.

6 BSGE 98, 48 = BeckRS 2007, 44003; BSGE 99, 35 = NJOZ 2008, 1123.

7 BT-Dr 16/5720.

8 LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 5. 3. 2008 – I. 8 R 257/05, BeckRS 2008, 56017.

ne. Nun hat das BSG mit fünf Entscheidungen vom 2. und 3. 6. 2009<sup>9</sup> spät, aber dennoch zu mutigen Entscheidungen gefunden.

## II. Beschäftigung aus eigenem Willensentschluss

Das Erfordernis der „Beschäftigung von Verfolgten in einem Ghetto“ i. S. des § 1 I 1 ZRBG legt der 13. Senat in allen drei Urteilen vom 2. 6. 2009<sup>10</sup> so aus, dass jegliche Beschäftigung innerhalb und außerhalb des räumlichen Bereichs eines Ghettos darunter fällt, die von Verfolgten ausgeübt wurde, während sie sich zwangsweise in einem Ghetto aufgehalten haben.

An dem Erfordernis des Arbeitens aus eigenem Willensentschluss hält der Senat allerdings in beiden Urteilen fest und grenzt die Tätigkeiten der Ghettobewohner von der Zwangsarbeit ab. Zwangsarbeit wird definiert als die Verrichtung von Arbeit unter obrigkeitlichem (hoheitlichem) Zwang, wie z. B. bei Strafgefangenen oder Kriegsgefangenen, während eine aus freiem Willensentschluss aufgenommene Beschäftigung vorliegt, wenn der Ghettobewohner hinsichtlich des Zustandekommens oder der Durchführung der Arbeit noch eine Dispositionsbefugnis zumindest dergestalt hatte, dass er die Annahme oder Ausführung der Arbeit ohne Gefahr für Leib, Leben oder seine Restfreiheit ablehnen konnte.

## III. Gegen Entgelt

Das zweite Erfordernis des § 1 I 2 ZRBG, die Beschäftigung gegen Entgelt, sieht der Senat als erfüllt an, wenn überhaupt irgendeine Art von Entlohnung, nicht nur in Geld, sondern auch in Form von Nahrungsmitteln oder entsprechenden Gutscheinen gewährt wird. Weitergehende Erfordernisse, z. B. Einhaltung einer Mindesthöhe und dergleichen müssen nicht erfüllt werden, unerheblich sei, ob das Entgelt nur „geringfügig“ war oder zum Umfang der geleisteten Arbeit in keinem angemessenen Verhältnis stand, ob als Entgelt nur Sachbezüge in Form von freiem Unterhalt oder eines Teils davon gewährt worden und ob das Entgelt unmittelbar von der Beschäftigungsstelle oder von einer anderen Instanz, z. B. dem Judenrat, gewährt wurde.

Es ist geklärt durch die hier besprochenen Urteile, dass der Zwang, in einem Ghetto zu leben, und der generelle Zwang, der durch die entsetzlichen Lebensumstände in den Ghettos auf die Bewohner ausgeübt wurde, eine Arbeitsaufnahme „aus eigenem Willensentschluss“ nicht ausschließen. Festgestellt ist jetzt auch, dass jedes „ghettotypische“ Entgelt – Unterkunft, Lebensmittelkarten, Auszahlung an die Judenräte oder noch so kärgliche Essensrationen – als „Entgeltzahlung“ anzuerkennen ist.

## IV. Die fünf Urteile des BSG

### 1. Die Entscheidungen des 13. Senats

a) Der 13. Senat hatte am 2. 6. 2009 folgenden Fall zu entscheiden<sup>11</sup>:

Der Kläger, 1922 in Krakau geboren und jüdischer Abstammung, als Verfolgter im Sinne des Bundesentschädigungsgesetzes (BEG) anerkannt, stellte 2003 einen Antrag auf Altersrente unter Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten im Ghetto Krakau, wo er als Entlohnung nur Sachleistungen in Form von Lebensmitteln, Unterhalt und Barlohn, der ihm vom Judenrat gezahlt wurde, bezog. 2006 wies das SG seine Klage ab mit der Begründung, die Zahlungen an den Judenrat könnten nicht berücksichtigt werden. Die angegebenen täglichen Lebensmittelrationen könnten nicht als äquivalente Entgelte Berücksichtigung finden. Das LSG hatte 2008 das Urteil des SG aufgehoben und den Renten-

versicherungsträger zur Gewährung von Regelaltersrente ab 1997 verurteilt.

Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg. In seiner Entscheidung hebt der 13. Senat hervor, es liege eine „Beschäftigung von Verfolgten in einem Ghetto“ i. S. des § 1 I 1 ZRBG vor. Er will jegliche Beschäftigung, die von Verfolgten ausgeübt wurde, während diese sich zwangsweise in einem Ghetto aufgehalten haben, darunter subsumiert sehen. Es bedürfe keiner gesonderten Prüfung mehr, ob Dienstleistungen oder Arbeiten, die außerhalb des räumlichen Bereichs eines Ghettos verrichtet wurden, „Ausfluss der Beschäftigung im Ghetto waren“. Insoweit verweist das Urteil auf eine anderslautende Entscheidung des 4. Senats<sup>12</sup>. Die aus eigenem Willensentschluss zu Stande gekommene Beschäftigung sei von einer Zwangsarbeit im Sinne des Gesetzes über die Errichtung der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ vom 2. 8. 2000 abzugrenzen, nach dessen § 11 I 1 Nr. 1 EVZStiftG leistungsberechtigt unter anderem derjenige ist, der in einem Ghetto unter vergleichbaren Bedingungen wie in einem Konzentrationslager inhaftiert war und „zur Arbeit gezwungen wurde“. Ein (faktischer oder rechtlicher) Arbeitszwang stelle keine Zwangsarbeit dar. Der 13. Senat stellt in diesem Urteil, das insoweit als bahnbrechend bezeichnet werden kann, als alle anderen auf es verweisen, fest, dass mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des ZRBG, die entgeltlichen Ghettobeschäftigungen in die Rentenversicherung einzubeziehen, die Vorschrift über die Versicherungsfreiheit bei lediglich freiem Unterhalt (§ 1227 RVO a.F.) nicht gelten könne. Die entgegenstehende Rechtsansicht<sup>13</sup> wird nicht mehr aufrechterhalten.

b) Auch im zweiten am 2. 6. 2009 verkündeten Urteil des 13. Senats<sup>14</sup> war ein Anspruch auf Regelaltersrente unter Berücksichtigung von im Ghetto zurückgelegten Beitragszeiten streitig.

Der Kläger, 1926 in Minsk geboren, stellte 2002 den Antrag auf Gewährung von Altersrente unter Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten während seines Aufenthalts im Ghetto Minsk nach dem ZRBG. Das LSG hatte das klageabweisende Urteil aufgehoben und den Rentenversicherungsträger verurteilt, Regelaltersrente ab 1997 unter Berücksichtigung einer glaubhaft gemachten Ghettobeitragszeit von Juli 1941 bis Juni 1943 zu gewähren. Die Besonderheit des Falls war, dass der Kläger gegenüber der Claims Conference dargetan hatte, er sei gezwungen gewesen, schwere Zwangsarbeiten zu verrichten.

Unter Verweis auf das Senatsurteil vom 2. 6. 2009<sup>15</sup> stellt der Senat auch hier fest, dass eine aus eigenem Willensentschluss aufgenommene Beschäftigung vorliegt, wenn der Ghettobewohner hinsichtlich des Zustandekommens oder der Durchführung der Arbeit noch eine Dispositionsbefugnis zumindest dergestalt hatte, dass er die Annahme oder Ausführung der Arbeit auch ohne Gefahr für Leib, Leben oder seine Restfreiheit ablehnen konnte.

c) Dem weiteren Urteil des BSG vom 2. 6. 2009<sup>16</sup> lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

- 9 BSG, Urt. v. 2. 6. 2009 – B 13 R 85/08 R, BeckRS 2009, 68912; BSG, Urt. v. 2. 6. 2009 – B 13 R 139/08 R, BeckRS 2009, 68903; BSG, NJW 2010, 1224 (unter Nr. 21 in diesem Heft); BSG, Urt. v. 3. 6. 2009 – B 5 R 26/08 R, BeckRS 2009, 72478; BSG, Urt. v. 3. 6. 2009 – B 5 R 66/08 R, BeckRS 2009, 72021.
- 10 BSG, NJW 2010, 1224 (unter Nr. 21 in diesem Heft); BSG, Urt. v. 2. 6. 2009 – B 13 R 85/08 R, BeckRS 2009, 68912 und BSG, Urt. v. 2. 6. 2009 – B 13 R 139/08 R, BeckRS 2009, 68903.
- 11 BSG, NJW 2010, 1224 (unter Nr. 21 in diesem Heft).
- 12 BSGE 98, 48 = SozR 4-5075 § 1 Nr. 3 = BeckRS 2007, 44003.
- 13 BSGE 93, 214 = SozR 4-5050 § 15 Nr. 1 = BeckRS 2004, 42678.
- 14 BSG, Urt. v. 2. 6. 2009 – B 13 R 85/08 R, BeckRS 2009, 68912.
- 15 BSG, NJW 2010, 1224 (unter Nr. 21 in diesem Heft).
- 16 BSG, Urt. v. 2. 6. 2009 – B 13 R 139/08 R, BeckRS 2009, 68903.

Streitig war der Anspruch einer 1928 in Starachowice (Polen) geborenen Frau. Die nach Inkrafttreten des ZRBG am 20. 6. 2002 beantragte Altersrente unter Berücksichtigung von Beitragszeiten aus Beschäftigungen in einem Ghetto wurde abgelehnt mit der Begründung, es habe sich bei der Arbeitsverrichtung um eine für die damalige Zeit nationalsozialistischer Verfolgung typischen Form der Zwangsarbeit gehandelt, auch gebe es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin Lohn erhalten habe. Das SG hatte der Klage stattgegeben und den beklagten Rentenversicherungsträger verpflichtet, eine Regelaltersrente ab 1997 zu bewilligen, das LSG hatte die Berufung des Rentenversicherungsträgers zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision rügte der beklagte Rentenversicherungsträger die Verletzung materiellen Rechts; es fehle an der Voraussetzung des § 1 I 1 Nr. 1 lit. b ZRBG – gegen Entgelt; es sei nämlich nicht festgestellt worden, dass die Klägerin ein ausreichendes Entgelt im Sinne des ZRBG erhalten habe.

Die Revision des Rentenversicherungsträgers wurde als unbegründet zurückgewiesen. Dessen Revision war damit begründet worden, es fehle an der Tatbestandsvoraussetzung des Entgelts i. S. von § 1 I 1 Nr. 1 lit. b ZRBG, eine Zahlung durch den Judenrat reiche nicht aus. Unter Verweis auf seine unter IV 1 a skizzierte Entscheidung<sup>17</sup> urteilt der Senat auch hier, ein Entgelt im Sinne des Gesetzes sei jede Entlohnung, nicht nur in Geld, sondern auch in Form von Nahrungsmitteln oder entsprechenden Gutscheinen; weitergehende Erfordernisse (z. B. Einhaltung einer Mindesthöhe, Miternährung von anderen Personen und dergleichen) müssten nicht erfüllt werden. Nur auf dieser Grundlage könnte Sinn und Zweck des ZRBG erfüllt werden. Das ZRBG solle nämlich den Verfolgten für ihre Beschäftigung während ihres Zwangsaufenthalts in einem vom Deutschen Reich zu verantwortenden Ghetto eine Rente aus der Deutschen Rentenversicherung ermöglichen. Nach wie vor bleibt erheblich, ob die Ghettobeschäftigung gegen Entgelt ausgeübt wurde, also ob ein Austauschverhältnis bestand. Hiervon sei jedoch auszugehen, auch wenn das Entgelt noch so gering sei.

## 2. Die Entscheidungen des 5. Senats

Der 5. Senat hatte am 3. 6. 2009 über ähnlich gelagerte Fälle zu entscheiden.

a) Im ersten Urteil<sup>18</sup> ging es um eine 1927 geborene Jüdin, die in Drohiczyn außerhalb des Ghettos Drohiczyn als Wäscherin arbeitete und Wäsche und Uniformen der Soldaten wusch. Hierfür erhielt sie einmal wöchentlich Sonderrationen für zu Hause, die sie mit ihrem kleinen Bruder und ihrer Mutter teilen musste.

Auch sie stellte einen Antrag auf Regelaltersrente 2002 unter Hinweis auf die Vorschriften des ZRBG. Das SG hatte die Klage abgewiesen, das LSG wies die Berufung der Klägerin zurück mit der Begründung, sie habe zwar freiwillig gearbeitet, es sei aber nicht festzustellen, ob die Lebensmittelrationen einen Umfang erreicht hatten, der die Annahme eines angemessenen Entgelts zuließe. Die Klägerin hatte nämlich gegenüber der Claims Conference angegeben, sie habe nicht jeden Tag genug zu essen für sich und die Familie bekommen.

Auch der 5. Senat stellt fest, Entgelt i. S. von § 1 I 1 Nr. 1 lit. b ZRBG sei jegliche Entlohnung, gerade auch in Form von Nahrungsmitteln oder entsprechenden Lebensmittelkarten und Gutscheinen; weitergehende Erfordernisse wie Einhaltung einer Mindesthöhe oder die Miternährung einer anderen Person müssten nicht erfüllt sein. Unerheblich sei auch, ob das Entgelt nur geringfügig war, nur in Form von freiem Unterhalt gewährt wurde oder ob das Entgelt unmittelbar von der Beschäftigungsstelle oder durch eine andere Instanz, z. B. dem Judenrat, gewährt wurde. Nur auf dieser Grundlage könnten Sinn und Zweck des ZRBG erfüllt werden, der darin liege, dass Verfolgten für deren Beschäftigung während ihres Aufenthalts in einem vom Deutschen Reich zu verantwortenden Ghetto eine Rente aus der Deutschen Rentenver-

sicherung ermöglicht werde. Hier hebt der Senat hervor, dass die Anerkennung von Ghettobeitragszeiten wegen der vom Gesetzgeber intendierten Gleichbehandlung auch nicht von der Zugehörigkeit zum deutschen Sprach- und Kulturkreis abhängig gemacht werden könne, und verweist auf seine Rechtsprechung<sup>19</sup>. Ebenso wie damals muss heute eine Beschäftigung ein Entgelt in Form von Geld oder Sachbezügen abwerfen, um rentenversicherungspflichtig zu sein, weil anderenfalls nicht angenommen werden könne, dass die Beschäftigung Lebensgrundlage des Beschäftigten bilde und Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit regelmäßig seinen Lebensunterhalt in Frage stellen, für dessen Ausfall die Versicherung eintreten soll, § 1226 I Nr. 1 II i. V. mit § 160 RVO a. F.; § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI. Der Senat hebt in seinem Urteil hervor, dass diese unter normalen Lebens- und Arbeitsbedingungen sinnvollen Einschränkungen des rentenversicherungsrechtlichen Entgeltbegriffs unter den im Ghetto herrschenden Bedingungen ihren Sinn verlieren, weil im Ghetto auch eine ganz geringfügige Entlohnung eine Überlebenschance bot. Lebensmittel selbst in kleinsten Mengen waren überlebenswichtig und konnten sogar eher als Lebensgrundlage angesehen werden als Geld oder geldwertes Vermögen. Man könne also nicht Entgelt im überkommenen rentenversicherungsrechtlichen Sinne verlangen, weil sonst Ghettobeitragszeiten nur in extremen Ausnahmefällen angerechnet würden; gerade diejenigen Verfolgten, die damals in Form von Lebensmitteln die begehrteste Art von Entgelt erhielten, benachteiligte die Einschränkung anderenfalls. Die Definition von Entgelt lautet also:

Entgelt im Sinne des ZRBG ist jegliche Gegenleistung für die vom Ghettobewohner verrichtete Arbeit ohne Rücksicht auf deren Höhe oder deren Form.

Verfassungsrechtliche Bedenken wegen der finanziellen Belastung der Rentenversicherung durch Einbeziehung weiterer Personen ohne Beitragsleistung hält der Senat mit Rücksicht auf den zusätzlichen Bundeszuschuss zur pauschalen Abgeltung nicht beitragsgedeckter Leistungen nach § 213 III SGB VI nicht für überzeugend.

b) Auch das zweite Urteil des 5. Senats<sup>20</sup> in dieser Folge verweist auf die Entscheidungen des 13. Senats<sup>21</sup>.

Der 1929 in Tomaczow geborene Kläger beantragte 2003 Regelaltersrente unter Berücksichtigung von Zeiten nach dem ZRBG. Im Ghetto Tomaszow Maszowiecki sei er innerhalb und außerhalb des Ghettos unter anderem mit Reinigungs- und Sammelarbeiten beschäftigt gewesen. Die Arbeit habe er durch den Judenrat erhalten; er sei durch Rationen vom Judenrat und Lebensmittelversorgung entlohnt worden. Im Rahmen des Entschädigungsverfahrens hatte der Kläger dargelegt, im Ghetto unter der schlechten Ernährung gelitten zu haben.

Auch in dieser Entscheidung werden Sinn und Zweck des ZRBG hervorgehoben: Entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme eines von der Versicherungspflicht gelösten Entgeltbegriffs nach dem ZRBG ist es, Verfolgten für deren Beschäftigung während ihres Zwangsaufenthalts in einem vom Deutschen Reich zu verantwortenden Ghetto eine Rente aus der Deutschen Rentenversicherung zu ermöglichen, weil die verrichteten Arbeiten unter anderen Umständen im Rahmen von rentenversicherungspflichtigen Beschäftigungen geleistet worden wären und somit nach den damals geltenden

17 BSG, NJW 2010, 1224 (unter Nr. 21 in diesem Heft).

18 BSG, Urt. v. 3. 6. 2009 – B 5 R 26/08 R, BeckRS 2009, 72478.

19 BSG, Urt. v. 19. 5. 2009 – B 5 R 26/06 R, BeckRS 2009, 69248.

20 BSG, Urt. v. 3. 6. 2009 – B 5 R 66/08 R, BeckRS 2009, 72021.

21 BSG, NJW 2010, 1224 (unter Nr. 21 in diesem Heft); BSG, Urt. v. 2. 6. 2009 – B 13 R 85/08 R, BeckRS 2009, 68912.

Vorschriften in aller Regel Rentenanwartschaften begründet hätten.

Kernsatz der Entscheidung ist, dass es dem Gesetzgeber bei der Konzeption des Gesetzes nicht entgangen sein könne, dass sowohl die damaligen als auch die heutigen Regeln über die Abgrenzung einer rentenversicherungspflichtigen Beschäftigung von einer versicherungsfreien Tätigkeit den typischerweise im Ghetto herrschenden Verhältnissen in keiner Weise gerecht werden können.

Deswegen wird Entgelt wie in der Entscheidung des *Senats* vom gleichen Tage<sup>22</sup> definiert als jegliche Gegenleistung für die vom Ghettobewohner verrichtete Arbeit ohne Rücksicht auf deren Höhe und Form. Darüber hinaus stellt der 5. *Senat* klar: Die einmalige historische Situation von Zwangsaufenthalten im Ghetto mit der Ausbeutung der Arbeitskraft der Verfolgten, ohne welche die Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse im Ghetto rentenversicherungspflichtig gewesen wäre, sei ein hinreichend sachbezogenes Differenzierungsmerkmal, um dem Einwand einer willkürlichen Unterscheidung zu begegnen.

Auch hier wird noch einmal auf die verfassungsrechtlichen Bedenken wegen der finanziellen Belastung der Rentenversicherung durch Einbeziehung weiterer Personen ohne Beitragsleistung eingegangen. Der *Senat* hält sie mit Rücksicht

auf den zusätzlichen Bundeszuschuss zur pauschalen Abgeltung nicht beitragsgedeckter Leistungen nach § 213 III SGB VI nicht für überzeugend.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Etwas schamhaft wird in sämtlichen Urteilsbegründungen der hier besprochenen Entscheidungen ausgeführt, die Lösung des Gerichts trage auch dem Anliegen Rechnung, in Anbetracht des vorgerückten Alters der Berechtigten über ihre Leistungsansprüche möglichst bald und ohne langwierige Ermittlungen entscheiden zu können.

Wenn man noch einmal ein solches Gesetz wie das ZRBG auflegte, dürfte es auf keinen Fall an rentenrechtliche oder sonstige sozialrechtliche Normalvorschriften angekoppelt sein. Die Lebenslagen für Opfer des Nationalsozialismus während der nationalsozialistischen Diktatur waren so einzigartig, dass Wiedergutmachung in Geld nicht nach den Regeln von heute geleistet werden kann. Es ist nicht wichtig, vorrangig dafür zu sorgen, dass kein Missbrauch stattfinden kann. Ein paar solcher Fälle müsste man in Kauf nehmen. Das Wichtigste ist, dass alle noch lebenden Opfer entschädigt werden. ■

22 BSG, Urt. v. 3. 6. 2009 – B 5 R 26/08 R, BeckRS 2009, 72478.

## Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Professor Claus D. Müller-Hengstenberg, Stuttgart-Hohenheim\*

### Ist das Kaufrecht auf alle IT-Projektverträge anwendbar?

#### I. Einleitung

Vor der Inkraftsetzung der Schuldrechtsreform am 1. 1. 2002 gab es eine sehr unterschiedliche Rechtsprechung zur vertragstypologischen Einordnung von IT-Verträgen über die Installation, Anpassung und Erweiterung von Standard-Computersoftware. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der unterschiedlichen Rechtsprechung und den sich aus dem Urteil des *BGH* vom 23. 7. 2009 ergebenden Konsequenzen.

Einige Gerichte haben in ihren Entscheidungen bei der rechtlichen Einordnung von IT-Verträgen Kaufrecht, andere Gerichte haben Werkvertrags- oder auch Werklieferungsvertragsrecht zu Grunde gelegt<sup>1</sup>. Die Schuldrechtsreform hat die Rechtslandschaft verändert, indem Kauf- und Werkvertragsrecht angenähert worden sind, wobei allerdings dem Kaufrecht ein wesentlich breiterer Anwendungsbereich zugedacht worden ist<sup>2</sup>.

In der IT-Branche hatte sich in der Vertragspraxis als Tendenz ergeben, bei der Überlassung von Standard-Software Kaufrecht oder auch Mietrecht, bei der Anpassung und Entwicklung von Computersoftware, insbesondere bei der Entwicklung und Implementierung von Systemlösungen Werkvertragsrecht und bei dem Wartungs- und Pflegevertrag Dienstvertrags- und Werkvertragsrecht anzuwenden<sup>3</sup>.

Nach der Schuldrechtsreform stellte sich die Frage, ob es bei der bisherigen Tendenz in der Rechtsprechung bleibt oder ob die Rechtsprechung sich ändert. Die Diskussion verlief und verläuft auch heute noch in der Rechtsliteratur sehr kontrovers<sup>4</sup>.

Der *BGH* hat nunmehr in einer Entscheidung vom 23. 7. 2009<sup>5</sup>, die allerdings lediglich einen Fall im Baubereich betraf, grundsätzlich zu der Frage der Anwendung des Kauf- und Werkvertragsrechts Stellung genommen. Die Entscheidung enthielt keinen Bezug zu IT-Projekten. Es gibt nunmehr eine erste Meinung in der Rechtsliteratur<sup>6</sup>, die die Grundsätze der *BGH*-Entscheidung so auslegt, dass alle IT-Leistungen, gleichgültig ob es sich um die Lieferung von Standardsoftware oder um die Erstellung von individueller Software handelt, dem Kaufrecht unterliegen. Es ist mehr als fraglich, ob die Ausführungen der *BGH*-Entscheidung vom 23. 7. 2009 uneingeschränkt auf IT-Projekte angewandt werden können.

#### II. Die *BGH*-Entscheidung vom 23. 7. 2009

Der *BGH* weist darauf hin, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das Kaufrecht auf sämtliche Verträge mit der Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender

\* Der Autor ist Honorarprofessor an der Universität Hohenheim. – Besprechung von *BGH*, Urt. v. 23. 7. 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877.

1 Überblick bei *Thewaldt*, CR 2002, 1 (4f.), und *Müller-Hengstenberg/Krcmar*, CR 2002, 549 (553).

2 *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361; *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161.

3 *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81 (82).

4 *S. Hoeren*, IT-VertragsR, 2008, Kap. II Nrn. 1 und 2, S. 64 ff., *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161.

5 *BGH*, NJW 2009, 2877.

6 *Schweinoch*, CR 2009, 640, und *Computerwoche* 47/2009 v. 4. 11. 2009, S. 36; s. auch *Mankowski*, MDR 2003, 854 (857).