

Zur Frage der Gewährung von RV-Hinterbliebenenrente an den früheren Ehegatten - Unterbringung im Pflegeheim - Wegfall der Unterhaltsfähigkeit;

hier: BSG-Urteil vom 3.4.2001 - B 4 RA 22/00 R -

Das BSG hat mit Urteil vom 3.4.2001 - B 4 RA 22/00 R -

(s. Anlage) Folgendes entschieden:

Leitsatz

1. Der Rentenversicherungsträger hat die Witwe eines Versicherten, der er das Recht auf eine Witwenrente zuerkannt hat, nicht von einem eingeleiteten Verwaltungsverfahren zu benachrichtigen, in dem die frühere Ehefrau des Versicherten die Rücknahme der bindenden Ablehnung einer sogenannten Geschiedenenwitwenrente und Zuerkennung dieser Rente begehrt, sofern er den Rücknahmeanspruch verneint.
2. Ist ein Unterhaltspflichtiger auf Kosten eines öffentlich-rechtlichen Trägers in einem Pflegeheim untergebracht, hat sich der ihm zu belassende sogenannte Selbstbehalt am sozialhilferechtlichen "Barbetrag zur freien Verfügung" zu orientieren.
3. Ein bloß denkbare Recht auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung eines Trägers darüber, ob einem Unterhaltspflichtigen, der in einem Pflegeheim untergebracht worden ist, ein Geldbetrag unterhalb einer bestimmten Einkommensgrenze belassen bleiben soll oder kann, verschafft diesem noch keine präsenten Mittel, die seine Leistungsfähigkeit erhöhen. Der Unterhaltspflichtige ist unterhaltsrechtlich nicht verpflichtet eine solche Entscheidung des Trägers herbeizuführen (Anschluß an BGH vom 2.5.1990 - XII ZR 72/89 = BGHZ 111, 194; Abgrenzung zu BSG vom 30.1.1996 - 8 RKn 9/93 = BSGE 77, 273 = HVBG-INFO 1996, 1991-1997).
4. Zur Prüfung von Rücknahmeanträgen nach § 44 SGB x,

Anlage

BSG-Urteil vom 3.4.2001 - B 4 RA 22/00 R -

Gründe:

Die Klägerin begehrt als frühere Ehefrau des Versicherten J. K. von der beklagten Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) die Gewährung einer Hinterbliebenenrente (sog Geschiedenenwitwenrente).

Die am 28. Januar 1926 geborene Klägerin hatte am 10. März 1951 den Versicherten J. K. geheiratet. Die Ehe wurde durch Urteil des LG St. vom 9. Juni 1971 aus beiderseitigem Verschulden rechtskräftig geschieden. In einem gerichtlichen Vergleich vom selben Tage verpflichtete sich der Versicherte u.a., an die Klägerin ab 1. Juli 1971 einen monatlichen Unterhalt von 155,00 DM zu zahlen. Durch Anerkenntnisurteil vom 3. März 1988 verurteilte das AG B. den Versicherten in Abänderung des genannten gerichtlichen Vergleichs, der Klägerin ab Juli 1987 einen monatlichen Unterhalt von 280,00 DM zu zahlen.

Der Versicherte heiratete im März 1976 die Beigeladene. Er bezog ab 1. Mai 1977 von der beklagten BfA ein Altersruhegeld (ARG). Der monatliche Wert der Rente belief sich ab Juli 1989 auf 2.088,70 DM (Auszahlungsbetrag: 1.953,98 DM) und ab 1. Juli 1990 auf 2.153,40 DM (Auszahlungsbetrag: 2.015,58 DM). Ferner bezog er aus der gesetzlichen Unfallversicherung ab Juli 1989 eine Unfallrente in Höhe von 1.078,60 DM und ab Juli 1990 in Höhe von 1.112,60 DM. Schließlich wurde ihm aus der Kriegsopferversorgung (KOV) eine Beschädigtenrente in Höhe von monatlich 175,00 DM gewährt.

Der Versicherte war pflegebedürftig geworden und ab 28. Dezember 1988 in einem Pflegeheim untergebracht. Der Kreis R. -E. gewährte ihm als Träger der Kriegsopferfürsorge die Heimunterbringung als Hilfe zur Pflege gemäß § 26c des Bundesversorgungsgesetzes (BVG). Als Aufwendungsersatz leitete er die Renten aus der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung ab Sommer 1989 auf sich über (Überleitungsanzeige vom 24. Juli 1989). Die monatlichen Heimkosten beliefen sich ab Juli 1989

auf 3.108,58 DM und ab Januar 1990 auf 3.277,40 DM; sie wurden nicht vollständig durch die Renten aus der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung in Höhe der Auszahlungsbeträge von insgesamt 3.032,58 DM (ab Juli 1989) bzw von 3.128,18 DM (ab Juli 1990) gedeckt. Dem Versicherten verblieb die anrechnungsfreie Beschädigtenrente in Höhe von 175,00 DM; ferner erhielt er von dem genannten Kreis als Träger der Sozialhilfe einen Barbetrag zur persönlichen Verfügung (§ 21 Abs 3 des Bundessozialhilfegesetzes <BSHG>) in Höhe von 182,20 DM ab Juli 1989 bzw von 198,00 DM ab Juli 1990.

Der Versicherte starb am 14. November 1990. Die beklagte BfA gewährte der beigeladenen Witwe mit Bescheid vom 25. März 1991 ab 1. Dezember 1990 die Hinterbliebenenrente (Witwenrente), und zwar für das sog Sterbevierteljahr in Höhe der Versichertenrente; ab 1. März 1991 belief sich der monatliche Wert des Rechts auf Witwenrente zunächst auf 1.298,60 DM (Auszahlungsbetrag 1.215,49 DM).

Im Dezember 1990 hatte die Klägerin die Gewährung einer Hinterbliebenenrente an eine frühere Ehefrau (sog Geschiedenenwitwenrente) beantragt. Die Beklagte lehnte den Antrag mit der Begründung ab, die Klägerin habe zur Zeit des Todes des Versicherten keinen Unterhaltsanspruch gegen diesen gehabt. Auf den vorliegenden Unterhaltstitel habe sie sich nicht berufen können, weil der Versicherte wegen der Aufnahme in das Pflegeheim und der damit verbundenen, von ihm durch seine Renteneinkünfte abzudeckenden Kosten mit Erfolg eine Abänderungsklage gemäß den §§ 323, 767 ZPO hätte erheben können (Bescheid vom 13. März 1991, Widerspruchsbescheid vom 18. Juni 1991).

Im April 1994 beantragte die Klägerin die Rücknahme der bindend gewordenen Rentenablehnung und Gewährung einer Geschiedenenwitwenrente. Diesen Antrag lehnte die Beklagte wiederum ab (Bescheid vom 10. Oktober 1994, Widerspruchsbescheid vom 18. Januar 1995).

Das SG, das die Witwe zum Rechtsstreit beigeladen hat, hat die Beklagte entsprechend dem Antrag der Klägerin verurteilt, dieser ab 1. August 1994 die anteilige Geschiedenenwitwenrente zu zahlen. Zur Begründung ist ausgeführt worden, der Versicherte habe gemäß den §§ 84 Abs 1 Satz 2, 85 Nr 3 Satz 2 BSHG vom Sozialamt der Stadt E.

, das ergänzend Sozialhilfe geleistet habe, verlangen können, in dem Umfang, in dem der Versicherte seiner früheren Ehefrau zum Unterhalt verpflichtet gewesen sei, höhere Sozialhilfe zu erhalten; insoweit folge das Gericht dem Urteil des 8. Senats des BSG vom 30. Januar 1996 (8 RKn 9/93, BSGE 77, 273 ff = SozR 3-2200 § 1265 Nr 14); demzufolge habe sich die Klägerin weiterhin auf ihren Unterhaltstitel vom 3. März 1988 berufen können.

Auf die Berufung der Beigeladenen hat das LSG das SG-Urteil und den Bescheid der Beklagten vom 16. Juli 1998 aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 16. Dezember 1999 idF des Berichtigungsbeschlusses vom 16. Oktober 2000). Das LSG hat ausgeführt, die Klägerin könne keine Geschiedenenwitwenrente beanspruchen; der Versicherte sei ihr zur Zeit des Todes nicht zum Unterhalt verpflichtet gewesen. Die Wirkung des Urteils des AG B. vom 3. März 1988 habe der Versicherte gemäß den §§ 767, 323 ZPO beseitigen können; für seine abweichende Auffassung habe sich das SG zu Unrecht auf das Urteil des 8. Senats des BSG vom 30. Januar 1996 (aaO) bezogen; denn der Versicherte sei nicht zu Lasten des Kreises als örtlicher Träger der Sozialhilfe, sondern zu dessen Lasten als Träger der Kriegsofferfürsorge untergebracht worden; im BVG finde sich jedoch keine Vorschrift, die mit dem § 85 Nr 3 Satz 2 BSHG vergleichbar sei, auf den der 8. Senat seine Entscheidung gestützt habe.

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 42 Abs 1 Satz 1 AVG. Sie ist der Auffassung, daß sie sich entsprechend der Rechtsprechung des 8. Senats des BSG, die auch im Rahmen der Kriegsofferfürsorge zu beachten sei, auf das rechtskräftige Urteil des AG B. vom 3. März 1988 berufen könne. Da der Versicherte ihr demzufolge zur Zeit seines Todes zum Unterhalt verpflichtet gewesen sei, stehe ihr ein Recht auf die beantragte Rente zu.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 16. Dezember 1999 aufzuheben und die Berufung der Beigeladenen gegen das Urteil des Sozialgerichts Stade vom 14. Mai 1998 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Die Beigeladene beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Auch sie ist der Auffassung, daß das Berufungsurteil nicht zu beanstanden sei.

II

Die Revision der Klägerin ist unbegründet.

Sie begehrt die Aufhebung des LSG-Urteils und die Zurückweisung der Berufung der Beigeladenen und damit die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Mit diesem Begehren hat sie keinen Erfolg. Das LSG hat zu Recht das Urteil des SG aufgehoben und die Klagen abgewiesen.

Gegenstand des Klageverfahrens ist das Begehren der Klägerin gewesen, die Ablehnung eines Rücknahmeanspruchs aus § 44 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) im Bescheid der Beklagten vom 10. Oktober 1994 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. Januar 1995 aufzuheben, diese zu verpflichten, die bindend gewordene Ablehnung eines Rechts auf Geschiedenenwitwenrente im Bescheid vom 13. März 1991 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. Juni 1991 zurückzunehmen und die Beklagte zu verurteilen, ihr ab 1. August 1994 eine Geschiedenenwitwenrente zu gewähren. Die Kombination von Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklagen (vgl. schon BSG, Urteil vom 1. Juni 1994, SozR 3-8825 § 2 Nr 2) ist zulässig, die Klagen sind jedoch nicht begründet.

Die auf Aufhebung der Ablehnung eines Rücknahmeanspruchs (im Bescheid vom 10. Oktober 1994 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. Januar 1995) gerichtete Anfechtungsklage konnte keinen Erfolg haben. Der Verwaltungsakt ist nicht wegen ungeheilt gebliebenen Fehlens einer notwendigen Hinzuziehung aufzuheben (§ 42 Satz 1 SGB X - dazu unter a); er ist materiell rechtmäßig, weil die Klägerin keinen Rücknahmeanspruch aus § 44 SGB X hat (dazu unter b).

a) Dasilverfahren, dessen Ausgang die Ablehnung eines Rücknahmeanspruchs war, ist verfahrensfehlerfrei durchgeführt worden; insbesondere war die Beklagte nicht verpflichtet, die Beigeladene zu diesem Verfahren hinzuzuziehen bzw. sie von dessen Einleitung zu benachrichtigen.

Über den in § 12 Abs 1 Nr 1 bis 3 SGB X benannten Personenkreis hinaus erlangt gemäß Nr 4 aaO auch derjenige im Verwaltungsverfahren die Stellung eines Beteiligten, der von der Behörde zu dem Verfahren nach Abs 2 aaO herangezogen worden ist. Anders als in den Fällen der Nr 1 bis 3 handelt es sich nicht um eine Beteiligten-Stellung kraft Gesetzes, sondern sie wird durch einen verfahrensgestaltenden Verwaltungsakt begründet, nämlich durch die Hinzuziehung (vgl. zum im Wortlaut gleichen § 13 VwVfG: Clausen in: Knack, VwVfG, Komm, 7. Aufl, 2000, § 13 RdNr 12).

§ 12 Abs 2 SGB X unterscheidet zwischen Fällen der einfachen (fakultativen) Hinzuziehung, in denen die rechtlichen Interessen eines Dritten durch den Ausgang des Verfah-

rens berührt werden und der Dritte auch ohne Antrag von der Behörde hinzugezogen werden kann (Satz 1), und der notwendigen (obligatorischen) Hinzuziehung, in denen der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für den Dritten hat (falls dieser hinzugezogen und der Verwaltungsakt ihm bekanntgegeben würde) und dieser - nur - auf Antrag hinzuzuziehen ist (Satz 2 Halbsatz 1). In den Fällen der notwendigen Hinzuziehung hat die Behörde den Dritten von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen (Satz 2 Halbsatz 2) und ihn dabei auf sein Recht hinzuweisen, seine Hinzuziehung zu beantragen. Im Hinblick auf das der Beigeladenen bindend zuerkannte Recht auf eine Witwenrente mußte die BfA diese nicht notwendig zum Verwaltungsverfahren über den von der Klägerin erhobenen Rücknahmeanspruch hinzuziehen. Da die Beigeladene keinen Hinzuziehungsantrag gestellt hat, hätte nur ihre unterbliebene Benachrichtigung einen solchen Fehler begründen können. Dieser ist auf der hier relevanten Verfahrensebene zu verneinen.

Mit den Zielen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage korrespondieren auf der Ebene des Verwaltungsverfahrens drei Verfahrensgegenstände als - potentielle - Regelungen. Da diese (ihrer Art nach) jeweils den Ausgang eines Verfahrens bilden (§ 8 SGB X), liegen ihnen drei getrennte Verfahren zugrunde.

Hinsichtlich des Begehrens der Klägerin, die BfA möge - trotz unveränderter Sachlage - die bisherige bestandskräftige Ablehnung eines Rechts auf anteilige Hinterbliebenenrente zurücknehmen und ihr dieses Recht bewilligen, sind grundsätzlich drei Verfahrensebenen oder -stufen zu unterscheiden:

Auf der ersten Ebene/Stufe hat die Behörde zu entscheiden, ob sie trotz der Bestandskraft des früheren Verwaltungsaktes überhaupt in eine sachliche Prüfung der Voraussetzungen seiner Rücknahme eintreten darf oder dies sogar muß. Im SGB X fehlt hierzu eine ausdrückliche Vorschrift. Die Voraussetzungen eines strikten (Rechts-)Anspruchs auf eine Sachprüfung der Behörde darüber, ob sie einen unanfechtbaren Verwaltungsakt aufhebt oder ändert ("Wiederaufgreifen" des Verfahrens), ergeben sich aus der lückenfüllend anzuwendenden Maßstabsnorm des § 51 des Verwaltungsverfahrensgesetzes - des Bundes - (VwVfG). Das bedeutet: Bei nachträglicher Änderung der Sach- oder Rechtslage, beim Vorliegen neuer günstiger Beweismittel oder bei Wiederaufnahmegründen muß die Behörde (nach § 51 Abs 1 VwVfG - in den Grenzen von Abs 2 und 3 aaO) die Aufhebbarkeit des früheren Verwaltungsaktes in der Sache prüfen und bescheiden. Im übrigen steht die Entscheidung, ob in eine Sachprüfung der Rechtswidrigkeit des früheren Verwaltungsaktes eingetreten wird, im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde (hierzu und zum nachfolgenden stellvertretend: BSG, Urteil vom 23. Februar 1988, SozR 1300 § 44 Nr 33; Urteil vom 30. Januar 1997, SozR 3-2600 § 300 Nr 10; Meyer, Verwaltungs-

akt und verwaltungsrechtlicher Vertrag im Anwendungsbereich des SGB X, SGB 1981, 501 ff). Hierbei muß sie (als Ermessensziel) sicherstellen, daß die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden (§ 2 Abs 2 Erstes Buch Sozialgesetzbuch <SGB I>). Lehnt die Behörde eine Sachprüfung der Rücknahmevoraussetzungen ab, wird das Verfahren durch verfahrensgestaltenden Verwaltungsakt (wiederholende Verfügung) abgeschlossen. Greift sie es wieder auf, indem sie die Aufhebbarkeit des früheren Verwaltungsaktes prüft und damit dessen Bindungswirkung durchbricht, unterbleibt in der Praxis im allgemeinen die Bekanntgabe dieser Regelung; sie wird später nur indirekt durch die Mitteilung der auf der zweiten Verfahrensstufe getroffenen Regelung verlautbart.

Auf der zweiten Verfahrensebene/-stufe hat die Behörde zu entscheiden, ob und ggf in welchem Umfang sie den früheren Verwaltungsakt zurücknimmt/aufhebt. Lehnt sie die Aufhebung (Rücknahme) ab, wird das Verwaltungsverfahren mit diesem das Nichtbestehen eines Rücknahmeanspruchs feststellenden Verwaltungsakt abgeschlossen.

Soweit eine Aufhebung (Rücknahme) der früheren Regelung erfolgt, schließt sich das Verwaltungsverfahren auf der dritten Ebene/Stufe an. Nachdem das ursprüngliche Verwaltungsverfahren durch (Teil-)Beseitigung des früheren Verwaltungsaktes wieder eröffnet worden ist, hat die Behörde zu entscheiden, welche Regelung nach materiellem Recht anstelle der Zurückgenommenen zu treffen ist (Neufeststellung; dazu zuletzt: BSG, Urteil vom 30. Januar 1997, SozR 3-2600 § 300 Nr 10).

Die Frage der notwendigen Hinzuziehung eines Dritten und damit auch die Frage seiner Benachrichtigung ist für jeden von der Behörde zu erlassenden Verwaltungsakt (auf der jeweiligen Verfahrensebene/-stufe) getrennt zu beantworten; denn der Verwaltungsakt schließt das jeweilige Verwaltungsverfahren ab (§ 8 SGB X). Wenn es gemäß § 12 Abs 2 Satz 2 SGB X darauf ankommt, ob der "Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für einen Dritten" hat, kann dies immer nur nach dem das jeweilige Verfahren abschließenden Verwaltungsakt beurteilt werden.

Im vorliegenden Fall konnte weder der Ausgang des Verfahrens auf der ersten noch auf der zweiten Ebene/Stufe rechtsgestaltende Wirkung für die Beigeladene haben. Ob eine solche Wirkung besteht, bestimmt sich nicht (rückschauend) nach der von der Behörde tatsächlich getroffenen Regelung, sondern nach dem aus dem jeweiligen Verfahrensstand zu beurteilenden "möglichen" Verfahrensausgang (von Wulffen in: Schroeder-Printzen ua, SGB X, Komm, 2. Aufl, 1990, § 12 RdNr 7; Schneider-Danwitz in: SGB/RVO-GesKomm, Band 4, Stand Oktober 1990, § 12 RdNr 43; Kopp/Ramsauer, VwVfG, Komm, 7. Aufl, 2000, § 13 RdNr 41; Klausen, aaO, RdNr 18); dabei ist notwendig

vorausgesetzt, daß der Dritte hinzugezogen und ihm der Verwaltungsakt, der den "Ausgang des Verfahrens" bildet (§ 8 SGB X), bekanntgegeben würde.

Das Verwaltungsverfahren ist auf der ersten Ebene/Stufe im April 1994 durch den Überprüfungsantrag der Klägerin eingeleitet worden. Als möglicher Ausgang dieses Verfahrens kamen zwei Regelungen in Betracht, nämlich ein "Wiederaufgreifen des Verfahrens" (eine Sachprüfung, ob der frühere Verwaltungsakt aufzuheben oder abzuändern ist) oder dessen Ablehnung. Beide Regelungen konnten nicht rechtsgestaltend auf das Rentenrecht der Beigeladenen einwirken; denn dieses war durch einen bindenden Verwaltungsakt festgeschrieben, dessen Bestand oder Inhalt durch die von der BfA gegenüber der Klägerin zu treffende Entscheidung in keiner Weise hätte berührt werden können.

Nachdem die Beklagte - ohne (hierzu nach § 51 VwVfG) verpflichtet zu sein und ohne dies durch eine Regelung nach Außen deutlich zu machen - sich nach pflichtgemäßem Ermessen für eine inhaltliche Überprüfung der früheren Rentenablehnung entschieden hatte, war das Verfahren auf der zweiten Ebene/Stufe eingeleitet worden. Als möglicher Ausgang dieses Verfahrens kamen entweder die Ablehnung des Rücknahmeanspruchs oder die Rücknahme der bindenden Rentenablehnung vom 13. März 1991 in Betracht. Das durch bindenden Verwaltungsakt zuerkannte Recht der Beigeladenen konnte durch keine dieser Regelungen gestaltet werden.

Erst auf der - von der BfA nicht betretenen - dritten Ebene/Stufe hätte eine (Neu-)Feststellung eines Rechts der Klägerin für die Beigeladene rechtsgestaltende Wirkung entfalten können; denn nur in einem wiedereröffneten Leistungsverfahren hätte die Möglichkeit bestanden, eine Entscheidung zugunsten der Klägerin unter (Teil-)Aufhebung des der Beigeladenen erteilten Verwaltungsakts zu treffen, der Klägerin also die begehrte anteilige Rente zuzuerkennen mit der Folge, daß zugleich der Wert des Rechts der Beigeladenen auf Rente hätte neu festgestellt werden müssen.

Das Verfahren auf der dritten Ebene/Stufe ist aber nicht eröffnet worden, weil die Beklagte bereits den geltend gemachten Rücknahmeanspruch verneint hat. Auf der ersten und zweiten Stufe waren die Voraussetzungen für eine notwendige Hinzuziehung jedoch - wie ausgeführt - nicht gegeben. Damit entfiel zugleich die Benachrichtigungspflicht der Beklagten; die unterbliebene Benachrichtigung der Beigeladenen von den eingeleiteten Verfahren konnte somit keinen Verfahrensfehler begründen. Schon deshalb kam eine Aufhebbarkeit der Ablehnung der Rücknahme nach § 42 Satz 1 SGB X aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht in Betracht.

b) Die Beklagte hat in der Sache zutreffend einen Rücknahmeanspruch der Klägerin verneint, so daß die Anfechtungsklage hiergegen mangels materieller Beschwer der Klägerin (§ 54 Abs 2 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz <SGG>) keinen Erfolg haben konnte.

Nach § 44 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 SGB X ist ein (iS von § 45 Abs 1 SGB X) nicht begünstigender Verwaltungsakt zurückzunehmen, soweit er anfänglich rechtswidrig ist. Er ist immer mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen (Abs 2 Satz 1 aaO), soweit er im Zeitpunkt der Bekanntgabe der Rücknahme noch Rechtswirkungen hat, also noch nicht iS von § 39 Abs 2 SGB X erledigt ist. Die Rücknahme hat pflichtig für die Vergangenheit zu erfolgen, wenn wegen der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes "Sozialleistungen" zu Unrecht nicht erbracht oder "Beiträge" zu Unrecht erhoben worden sind (§ 44 Abs 1 Satz 1 SGB X). Das Gebot zur rückwirkenden Rücknahme gilt nicht in bestimmten Fällen der Bösgläubigkeit (Abs 1 Satz 2 aaO). Im übrigen "kann" (Ermessen) der anfänglich rechtswidrige Verwaltungsakt auch in sonstigen Fällen, also über die Fälle des Abs 1 Satz 1 aaO hinaus, für die Vergangenheit zurückgenommen werden (Abs 2 Satz 2 aaO). Ob dies auch für die in Abs 1 Satz 2 aaO genannten Fälle der Bösgläubigkeit gilt, kann hier offenbleiben.

Ob bei Erlaß (genauer: Bekanntgabe) eines Verwaltungsaktes das Recht richtig bzw unrichtig angewandt worden ist, kann sich nur nach dem zu jenem Zeitpunkt maßgebenden Recht beurteilen. Bei Erlaß der Ablehnung des geltend gemachten Rechts auf Hinterbliebenenrente (im Bescheid vom 13. März 1991 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. Juni 1991) hatte die Beklagte als Rechtsquellen die §§ 42, 45 und 67 AVG, die bis zum 31. Dezember 1991 in Kraft waren, zu beachten, nicht dagegen die §§ 243, 91, 99 SGB VI, die erst ab 1. Januar 1992 in Kraft getreten sind. Dies bestätigt § 300 Abs 1 SGB VI iVm den Art 83, 85 RÜG, der ausdrücklich davon abgesehen hat, die Vorschriften des SGB VI rückwirkend auf vor dem 31. Dezember 1991 entstandene Rechtspositionen zu erstrecken (stRspr des Senats, vgl zuletzt Urteile vom 2. August 2000 - B 4 RA 40/99 R und B 4 RA 54/99 R -, beide zur Veröffentlichung vorgesehen). Dies gilt auch für die Rechtsprüfung im Rahmen des § 44 SGB X (stellvertretend: Urteil des Senats vom 30. Januar 1997, SozR 3-2600 § 300 Nr 10). Die Ausnahmevorschrift des § 300 Abs 2 SGB VI ist von vornherein nicht einschlägig; sie erstreckt die Anwendung des SGB VI nicht auf Zeiten vor dem 1. Januar 1992, sondern bestimmt unter den dort genannten Voraussetzungen die Anwendung des alten Rechts über den 31. Dezember 1991 hinaus.

aa) Die Ablehnung des damaligen Rentenbegehrens im Bescheid vom 13. März 1991 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. Juni 1991 war zwar wegen Verletzung der Benachrichtigungspflicht (§ 12 Abs 2 Satz 2 Halbsatz 2 SGB X) verfahrensfehlerhaft ergangen und insoweit rechtswidrig. Denn es bestand im damaligen Erstfeststellungsver-

fahren die Möglichkeit, daß sein Ausgang rechtsgestaltende Wirkung für die (jetzt) Beigeladene haben konnte; wäre nämlich der Klägerin ein Recht auf Geschiedenenwitwenrente (§ 42 AVG) zuerkannt worden, hätte das der Beigeladenen zuerkannte Recht auf Witwenrente (§ 45 Abs 4 AVG) abgeändert werden müssen. Dies folgt aus § 45 Abs 4 Satz 1 AVG, wonach in einer solchen Konstellation die Witwe und die geschiedene Ehefrau nur den Teil der für sie zu berechnenden Rente erhält, der im Verhältnis zu der anderen Berechtigten der Dauer der Ehe mit dem Versicherten entspricht. Mit Blick auf diese Aufteilungsvorschrift konnte der Ausgang des Verfahrens somit rechtsgestaltende Wirkung für die Beigeladene haben.

Die unterlassene Benachrichtigung stellte einen Fehler des damaligen Verwaltungsverfahrens dar, der ebenso schwer wiegt wie die unterbliebene Hinzuziehung eines Dritten, der einen Hinzuziehungsantrag gestellt hat, jedenfalls solange nicht positiv feststeht, daß der/die Dritte das Antragsrecht nicht ausüben will (Urteil des 12. Senats des BSG vom 22. Juni 1983, SozR 1300 § 12 Nr 1). Die Beigeladene hat aber in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundessozialgericht (BSG) auf ihre Hinzuziehung zu den Verwaltungsverfahren verzichtet.

bb) Die Rentenablehnung vom 13. März 1991 ist materiell-rechtlich aufgrund der damaligen Sach- und Rechtslage nicht zu beanstanden, war also rechtmäßig. Die Klägerin hatte kein Recht auf Geschiedenenwitwenrente aus der Versicherung ihres früheren Ehemannes. Die Beklagte war deshalb auch nicht aus materiell-rechtlichen Gründen zur Rücknahme der Rentenablehnung verpflichtet; die Klägerin hat also keinen Anspruch auf Rücknahme dieses Verwaltungsaktes aus § 44 SGB X, wie die Beklagte mit der hier angefochtenen Ablehnung der Rücknahme richtig entschieden hat.

Gemäß § 42 Abs 1 Satz 1 AVG wird einer früheren Ehefrau des Versicherten nach dessen Tod die Rente gewährt, wenn die Ehe vor dem 1. Juli 1977 geschieden worden ist und der Versicherte ihr zur Zeit seines Todes Unterhalt nach den Vorschriften des EheG oder aus sonstigen Gründen zu leisten hatte oder im letzten Jahr vor seinem Tode Unterhalt geleistet hat. Die Sonderregelung des Satzes 2 scheidet von vornherein aus, weil eine Witwenrente zu gewähren ist.

(1) Der Versicherte war der Klägerin nicht aus "sonstigen Gründen" zum Unterhalt verpflichtet. Als solcher Grund ist zwar ua ein Unterhaltstitel, wie ihn die Klägerin aufgrund des Anerkenntnisurteils des AG B. vom 3. März 1988 besaß, anzusehen; auf diesen Titel konnte sie sich jedoch nicht stützen, weil der Versicherte zur Zeit seines Todes die Wirkungen des Vollstreckungstitels nach den Grundsätzen der §§ 323, 767 ZPO hätte beseitigen können. Der Umstand, daß dies tatsächlich nicht geschehen ist, ist uner-

heblich; insoweit ist ausreichend, daß der Versicherte dies nicht getan hat oder nicht zu tun brauchte, weil etwa die Vollstreckung gar nicht versucht wurde und er sich auf die Erfolglosigkeit eines solchen Versuchs verlassen konnte (vgl hierzu Beschluß des Großen Senats des BSG vom 27. Juni 1963, BSGE 20, 1, 5 f). Es steht außer Frage, daß der Versicherte in Anbetracht seiner Einkommensverhältnisse mit Erfolg den Titel der Klägerin hätte beseitigen können. Von der Erhebung einer solchen Klage konnte er hier schon ua deswegen absehen, weil er - wie das LSG festgestellt hat - die Klägerin auf die Abänderbarkeit nach den §§ 323, 767 ZPO hingewiesen und diese von Vollstreckungen abgesehen hatte.

Die Abänderbarkeit des Unterhaltstitels setzt nach den §§ 323, 767 ZPO voraus, daß in den Verhältnissen, die bei seinem Erlaß vorgelegen haben, nachträglich eine wesentliche Änderung eingetreten ist, die materiell-rechtlich zum vollständigen oder teilweisen Wegfall des ausgeurteilten Anspruchs führt. Mit Blick auf das vorliegend geltend gemachte Recht auf Geschiedenenwitwenrente war entscheidend, ob die wesentliche Änderung "zur Zeit des Todes des Versicherten" bestand. Hierbei ist nach stRspr des BSG nicht allein auf den Zeitpunkt des Todes, sondern auf den letzten wirtschaftlichen Dauerzustand, also grundsätzlich (wenn auch nicht "schematisch") auf das letzte Jahr vor dem Tod des Versicherten abzustellen; eine kürzere oder längere Zeitspanne kann maßgeblich sein, wenn innerhalb des letzten Jahres eine wesentliche Änderung in den wirtschaftlichen Verhältnissen der früheren Ehefrau oder des Versicherten eingetreten ist (so schon BSG, Urteil vom 14. Januar 1969, BSGE 29, 92, 94 f = SozR Nr 48 zu § 65 RVO; Urteil vom 1. Juni 1982, SozR 2200 § 1265 Nr 64 <S 214 ff>). Es kommt auf die Verhältnisse an, die den letzten unterhaltsrechtlich verlässlichen Dauerzustand ausgemacht haben, von dem rückschauend zu sagen ist, er hätte ohne den Tod des Versicherten die Unterhaltsbeziehung "im Zeitpunkt des Todes" geprägt.

Ob in den wirtschaftlichen Verhältnissen der Klägerin seit Erlaß des Anerkenntnisurteils vom 3. März 1988 bis zum Tode des Versicherten am 14. November 1990 eine Änderung eingetreten ist, hat das LSG nicht festgestellt. Dies kann offen bleiben. Auf jeden Fall ist beim Versicherten mit dessen Aufnahme in ein Pflegeheim im Dezember 1988 eine solche Änderung erfolgt. Er war nicht mehr unterhaltsfähig, weil er stationärer Pflege bedurfte. Deshalb konnte er sogar seinen notwendigen Selbstbehalt nicht mehr mit eigenen Mitteln decken. Ihm standen nicht mehr - wie noch bei Erlaß des Anerkenntnisurteils - die Renten aus der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung zur Verfügung.

Die (vom Kreis R. -E. getragenen) Heimkosten beliefen sich ab Juli 1989 auf 3.108,58 DM und ab Januar 1990 auf 3.277,40 DM. Mit den übergeleiteten Renten, deren Auszahlungsbeträge sich insgesamt ab Juli 1989 auf 3.032,58 DM und ab

Juli 1990 auf 3.128,18 DM beliefen, waren die Heimkosten nicht in voller Höhe gedeckt, so daß die beiden Renten grundsätzlich zum Bestreiten der Heimkosten herangezogen werden konnten (wegen des dem Versicherten zu belassenden Freibetrages siehe unten). Die dem Versicherten tatsächlich zur Verfügung stehenden Mittel reichten nicht aus, um seine Unterhaltspflicht zu begründen bzw (insoweit) eine Unterhaltspflicht gegenüber der Klägerin fortbestehen zu lassen. Hierbei ist nicht weiter zu differenzieren, daß dieser ohnehin nur ein sog "Billigkeitsanspruch" nach § 60 EheG, nicht dagegen ein Unterhaltsanspruch nach den §§ 58, 59 EheG zustand. Denn selbst im letzteren Fall wäre der Anspruch wegen der Änderung in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Versicherten zumindest ab Juli 1989 entfallen.

Nach den Feststellungen des LSG standen dem Versicherten ab Juli 1989 monatlich 357,20 DM zur Verfügung. Hierbei handelt es sich zum einen um eine "Beschädigtenrente" in Höhe von 175,00 DM, eine Grundrente iS des § 31 BVG; des weiteren hatte der Kreis R. -E. als örtlicher Träger der Sozialhilfe dem Versicherten einen "Betrag zur freien Verfügung" (§ 21 Abs 3 BSHG) in Höhe von 182,20 DM bewilligt; für die Zeit ab Juli 1990 verfügte der Versicherte über Barmittel in Höhe von insgesamt 373,00 DM. Der Betrag zur freien Verfügung gemäß § 21 Abs 3 BSHG hatte sich auf 198,00 DM erhöht. Die Höhe der Grundrente wird vom LSG unverändert mit 175,00 DM beziffert, obwohl sie aufgrund gesetzlicher Anpassung ab Juli 1990 181,00 DM betragen haben müßte. Diese Differenz von 6,00 DM ist aber nicht entscheidungserheblich.

Bei der Festsetzung des nach Einkommen geschuldeten Unterhalts sind dem Verpflichteten die Mittel für den notwendigen Eigenbedarf zu belassen; ihm muß ein sog Selbstbehalt verbleiben. Zur Feststellung des maßgeblichen Selbstbehalts des Versicherten ab Juli 1989 ist allerdings nicht auf die von den OLG entwickelten Unterhaltstabellen zurückzugreifen (zB auf die ab 1. Januar 1989 angewandte Tabelle des OLG Schleswig, die einen Selbstbehalt gegenüber Ehegatten von 1.300,00 DM vorsah <NJW 1989, 82, 84>). Der in diesen Tabellen zugrundeliegende Selbstbehalt berücksichtigt gerade die Kosten des Lebensunterhalts, also für Unterkunft, Verpflegung, etc; diese entfallen bei einem kriegsbeschädigten Versicherten im Falle der Heimunterbringung (§ 25b Abs 1 Satz 2 BVG). Mit Blick darauf, daß der Selbstbehalt ("Opfergrenze") mit einem Betrag angesetzt wird, der etwas über den Sätzen der Sozialhilfe liegt (BGH, Urteil vom 28. März 1984 - IVb ZR 53/82 -, NJW 1984, 1614), bietet sich in Fällen der Heimunterbringung wegen Pflegebedürftigkeit eine Orientierung an dem Betrag nach § 21 Abs 3 BSHG an, den der Kreis R. -E. als örtlicher Träger der Sozialhilfe dem Versicherten gewährt hat. Denn dieser Betrag wird dem Pflegebedürftigen zur freien Verfügung gezahlt, um den weiteren Bedarf abzusichern, der nicht schon durch die Hilfe zur Pflege (§§ 27 Abs 1 Nr 9, 68 ff BSHG) oder - wie hier - durch gleichartige vorrangige Leistungen eines

anderen Sozialleistungsträgers (hier nach § 26c BVG) bei stationärer Unterbringung abgedeckt ist. Der sozialhilferechtliche Betrag zur freien Verfügung des Versicherten belief sich ab Juli 1989 auf 182,20 DM und ab Juli 1990 auf 198,00 DM, so daß der Selbstbehalt in diesen Fällen etwas oberhalb der genannten Beträge anzusetzen ist, also etwa mit 200,00 DM monatlich.

Dem Versicherten standen Mittel oberhalb dieses Selbstbehaltes nicht zu Gebote. Die dem Versicherten gewährte Sozialhilfeleistung (Betrag nach § 21 Abs 3 BSHG) ist unterhaltsrechtlich nicht als Einkommen zu berücksichtigen (vgl insoweit zB Düsseldorfer Tabelle in NJW 1988, 120 <dort unter A I 11>). Denn müßte der Versicherte die Sozialhilfeleistung zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht verwenden, würde insoweit wieder Bedürftigkeit eintreten und müßte der Sozialhilfeträger nochmals leisten; deshalb entfielen sogar eine Unterhaltspflicht, soweit der Verpflichtete dadurch (in erhöhtem Maße) sozialhilfebedürftig würde (BGH, Urteil vom 2. Mai 1990, BGHZ 111, 194).

Anders als im Sozialhilferecht (vgl insoweit schon den Wortlaut des § 76 Abs 1 BSHG) wird dagegen im Unterhaltsrecht die Grundrente nach § 31 BVG bei der Feststellung der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten grundsätzlich mit herangezogen; dabei ist vorab der konkrete Mehrbedarf auszugleichen, den der Verpflichtete als Folge seiner Schädigung hat (BGH, Urteil vom 16. Juni 1982, BGHZ 82, 280). Hier ist nicht abschließend zu entscheiden, ob aus rentenversicherungsrechtlicher Sicht bei der Prüfung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit eines Versicherten die Grundrente schon insgesamt nicht als Einkommen des Unterhaltspflichtigen zu werten ist. Hierfür könnte die Wertung in § 93 SGB VI sprechen; danach bleiben Unfallrenten bei der Anrechnung auf SGB VI-Renten mit dem Teil außer Betracht, der der Grundrente nach dem BVG entspricht; denn in dieser Höhe wird unterstellt, daß der entsprechende Teil der Verletztenrente dem Ausgleich "immaterieller Schäden" dient (vgl dazu Urteile des Senats vom 31. März 1998, BSGE 82, 83, 93 f = SozR 3-2600 § 93 Nr 7; ferner SozR 3-2600 § 311 Nr 2). Dies könnte bei verfassungsorientierter Auslegung nahe legen, in der rentenversicherungsrechtlichen Bewertung der Unterhaltsfähigkeit (und Unterhaltsbedürftigkeit) von Versicherten Grundrenten aus dem sozialen Entschädigungsrecht gänzlich unberücksichtigt zu lassen. Letztlich kann dies hier offenbleiben; denn die Grundrente des Versicherten, die sich ab Juli 1989 auf 175,00 DM belief und ab Juli 1990 wohl mit 181,00 DM zu berücksichtigen ist, lag unter dem mit etwa 200,00 DM anzusetzenden Selbstbehalt.

(2) Der Versicherte hatte auch keine anderen durchsetzbaren (realisierbaren) vermögenswerten Rechte oder Ansprüche. Insbesondere hätte er vom örtlichen Träger der Kriegspferfürsorge nicht verlangen können, ihm Mittel in einem solchen Umfang zu belassen, daß er den ausgeurteilten Unterhaltsanspruch der Klägerin hätte befriedigen kön-

nen. Eine solche "Freistellung" sehen die Vorschriften des BVG - wie das LSG richtig geurteilt hat - in den Fällen der vorliegenden Art nicht vor.

Soweit Hilfe zur Pflege (§ 25b Abs 1 Nr 3 iVm § 26c BVG) gewährt wird, hat der hilfebedürftige Beschädigte bei einer Pflege in einer Anstalt, einem Heim oder gleichartigen Einrichtungen grundsätzlich sein gesamtes Einkommen oberhalb der maßgeblichen Einkommensgrenze zur Deckung der Pflegekosten einzusetzen. Durch Festsetzung einer gesonderten - von § 25e Abs 1 BVG abweichenden - Einkommensgrenze verbleibt ihm lediglich ein geringer Freibetrag. Dies folgt aus § 26c Abs 8 Buchst b BVG in der bis zum 31. Dezember 1990 geltenden Fassung. Aufgrund der Verweisung berechnet sich der Freibetrag nach § 27d Abs 5 Satz 1 Buchst a BVG. Unter Zugrundelegung des für 1990 maßgebenden Bemessungsbetrages von jährlich 38.841,00 DM hätte der "Freibetrag", der dem Versicherten hätte verbleiben können, rd 138,00 DM monatlich im Jahre 1990 betragen. Dieser Betrag hätte unter dem Selbstbehalt gelegen. Dieser Betrag hätte jedoch die wirtschaftliche Lage des Versicherten nicht verbessert; denn die Freibetragsregelung des § 26c Abs 8 Buchst b BVG aF verfolgt den gleichen Zweck wie der sozialhilferechtliche Barbetrag zur persönlichen Verfügung nach § 21 Abs 3 BSHG mit der Folge, daß eine solche Freistellung nach dem BVG zur entsprechenden Kürzung des Barbetrages nach § 21 Abs 3 BSHG geführt hätte (§ 77 Abs 1 BSHG). Allerdings hatte der Träger der Kriegsopferfürsorge ihm diesen Freibetrag nicht belassen.

Der Versicherte hätte nach § 25e Abs 4 Halbsatz 2 BVG vom Träger der Kriegsopferfürsorge zudem nicht verlangen können, ihm den Freibetrag (dh sein Einkommen unterhalb der Einkommensgrenze) wieder einzuräumen, um damit seine Verpflichtung aus dem Unterhaltsurteil gegenüber der Klägerin erfüllen zu können. Denn die Voraussetzungen für den Zugriff auf das Einkommen unterhalb der genannten Einkommensgrenze (§ 26c Abs 1 iVm § 27d Abs 5 Satz 1 Buchst a und Satz 2 BVG) lagen vor.

Nach § 25e Abs 4 Halbsatz 2 BVG "kann" - über die Ersparnis häuslichen Lebensunterhalts hinaus - auch der Einsatz von sonstigem Einkommen, das unter der Einkommensgrenze liegt, verlangt werden, wenn der Hilfesuchende auf voraussichtlich längere Zeit der Pflege ua in einem Heim bedarf, "solange er nicht einen anderen überwiegend unterhält". Diese Vorschrift gab dem Versicherten ua schon deshalb kein Recht auf "Freistellung", weil er die Klägerin im maßgeblichen Zeitraum nicht überwiegend unterhalten, also den "Tatbestand" nicht erfüllt hat, bei dessen Vorliegen es dem Träger der Kriegsopferfürsorge schlechthin untersagt ist, (insoweit) auf unterhalb der Einkommensgrenze liegendes Einkommen zurückzugreifen. Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) bezog die Klägerin in dem hier maßgeblichen Zeitraum ein ARG in Höhe von monatlich 443,20 DM, während der Versicherte ihr aufgrund des Urteils des AG

B. zu einem monatlichen Unterhalt von 280,00 DM verpflichtet war, aber Unterhalt nicht gezahlt hat.

Außerdem war ("Rechtsfolge") in das Ermessen ("kann") des Trägers der Kriegsofopferfürsorge nur gestellt, ob er einen Einsatz von Einkommen unterhalb der Einkommensgrenze verlangt. Der Versicherte hatte somit (ursprünglich) nur ein Recht auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des zuständigen Trägers über die zusätzliche Belastung seines Einkommens. Mit einem solchen "Anspruch" verfügte der Versicherte aber gerade nicht über präsenre Geldmittel. Denn die Kriegsofopferfürsorgestelle hatte im Gegenteil geregelt, auch auf sein unter der Einkommensgrenze liegendes (Renten-)Einkommen zuzugreifen. Da der Versicherte die Klägerin tatsächlich nicht überwiegend unterhalten hatte oder dies hätte müssen, war die Ermessensentscheidung auch nicht schlechthin gesetzeswidrig. Der Versicherte hätte allenfalls eine Aufhebung der ihn belastenden Ermessensentscheidung beantragen können, worüber wiederum nach Ermessen zu entscheiden gewesen wäre. Der Versicherte hatte im maßgeblichen Zeitraum also erst recht keinen "Anspruch" auf einen konkreten "Freistellungsbetrag". Bei einer Ermessensentscheidung über die Aufhebung einer belastenden Ermessensentscheidung wäre dieses Recht auf den "Freibetrag" erst dann wieder gegeben, wenn der Leistungsträger die Aufhebung der Belastung verfügt und bekanntgegeben hätte (vgl insoweit zum Leistungsrecht: § 40 Abs 2 SGB I). Da der für die Unterhaltsbemessung maßgebliche Lebensstandard nur durch "tatsächlich verfügbare Mittel geprägt wird" (BGH, Urteil vom 25. Oktober 1995, FamRZ 1996, 160), verschafft ein bloßes denkbarees Recht auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des zuständigen Trägers noch keine präsenten Mittel, die die Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen erhöhen. Im übrigen hätte der "Freibetrag", also der Betrag unterhalb der Einkommensgrenze, wie ausgeführt unter dem Selbstbehalt des Versicherten von 200,00 DM monatlich gelegen.

Diese Auslegung des § 25e Abs 4 Halbsatz 2 BVG weicht nicht von dem Urteil des für die knappschaftliche Rentenversicherung zuständigen 8. Senats vom 30. Januar 1996 (BSGE 77, 273, 275 ff = SozR 3-2200 § 1265 Nr 14) ab. Nach Auffassung des 8. Senats entfällt die Wirkung eines vollstreckbaren Titels (dort eines Unterhaltsvergleichs) als "sonstiger Grund" nach Eintritt der Sozialhilfebedürftigkeit wegen Unterbringung in einer Pflegeeinrichtung nicht nach den Grundsätzen der §§ 323, 767 ZPO, wenn der Versicherte nach Treu und Glauben gehalten gewesen ist, gemäß den §§ 79 ff BSHG gegenüber dem Sozialhilfeträger die Freistellung laufender Einkommen zu beanspruchen, um Unterhaltsansprüche seiner früheren Ehefrau befriedigen zu können; es stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn er insoweit den gegenüber dem Sozialhilfeträger "einklagbaren Anspruch" auf Freistellung vom Einkommen gemäß § 85 (jetzt Abs 1) Nr 3 Satz 2 BSHG nicht geltend mache.

Die Entscheidung des 8. Senats ist nicht einschlägig, weil § 85 (jetzt Abs 1) Nr 3 Satz 2 BSHG nicht zur Anwendung kommt; der Versicherte war nicht auf Kosten des örtlichen Trägers der Sozialhilfe, sondern des Trägers der Kriegsopferfürsorge im Pflegeheim untergebracht. Allerdings stimmen § 25e Abs 4 Halbsatz 2 BVG und § 85 (jetzt Abs 1) Nr 3 Satz 2 BSHG inhaltlich weitgehend, wenn auch nicht völlig überein. Mangels entgegenstehender Hinweise des 8. Senats muß jedoch davon ausgegangen werden, daß dieser über eine grundsätzlich anders gelagerte Fallgestaltung zu entscheiden hatte. Denn es ist nicht erkennbar, daß der 8. Senat von der einschlägigen Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichtsbarkeit zu § 85 (jetzt Abs 1) Nr 3 Satz 2 BSHG und zum Unterhaltsrecht abweichen wollte.

Nach dieser Rechtsprechung stellt § 85 (jetzt Abs 1) Nr 3 Satz 2 BSHG eine "Soll-Vorschrift" dar (BVerwG, Urteil vom 6. April 1996 - 5 C 5/93 -, Buchholz 436.0 § 85 BSHG Nr 14 = NJW 1995, 3135 ff); das "Soll-Ermessen" (dagegen in § 25e Abs 4: "Kann-Ermessen") bedeutet, daß bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in der Regel die Inanspruchnahme des unter der Einkommensgrenze des BSHG liegenden Einkommens geboten ist und vom Einsatz des Einkommens nur abgesehen werden darf, wenn ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt vorliegt (OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 9. November 1993 - 8 A 629/91 -, FEUS 45, 119 f); nach dieser Rechtsprechung ist gerade nicht davon auszugehen, daß im Regelfall ein realisierbarer "Anspruch" auf Freistellung besteht. Da das Urteil des 8. Senats vom 30. Januar 1996 (aaO) insoweit keine abweichenden Feststellungen enthält, muß entweder davon ausgegangen werden, daß in dem entschiedenen Fall ein sog atypischer Fall vorgelegen hat, der nicht nur ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung auf Nichtbelastung, sondern ein Recht auf diese Nichtbelastung begründet hat (aufgrund entsprechender Ermessensreduktion), oder es muß unterstellt werden, daß der Versicherte dort seiner früheren Ehefrau überwiegend Unterhalt geleistet hat, so daß schon nach diesem "Tatbestand" der Sozialhilfeträger nicht befugt war, auf Einkünfte unterhalb der sozialhilferechtlichen Einkommensgrenze zuzugreifen.

Anderenfalls (wenn diese Annahme einer grundsätzlich anderen Fallgestaltung nicht zuträfe) dürfte der 4. Senat der Rechtsmeinung des 8. Senats ohnehin nur folgen, wenn diese zuvor vom Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes bestätigt worden wäre. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 2. Mai 1990 - XII ZR 72/89 -, BGHZ 111, 194 ff) ist es nämlich unterhaltsrechtlich zu respektieren, wenn sich der Unterhaltsverpflichtete im Fall der Heimunterbringung wegen Pflegebedürftigkeit dafür entscheidet, seine Renteneinkünfte voll für die Kosten dieser Unterbringung einzusetzen und die Rechte aus § 85 (jetzt Abs 1) Nr 3 Satz 2 BSHG zugunsten ei-

ner unterhaltsberechtigten früheren Ehefrau nicht geltend zu machen. Der BGH hat die Entscheidung des Unterhaltsverpflichteten in den seine Entscheidung tragenden Gründen gerade deshalb gebilligt, weil anderenfalls der durchsetzbare "Freibetrag" zur Deckung des Unterhalts der früheren Ehefrau nur dazu führen würde, daß der Sozialhilfeträger den gleichen Betrag aus öffentlichen Mitteln für die Heimkosten aufbringen müßte; durch eine Unterhaltsleistung würde der Verpflichtete somit selbst in erhöhtem Maße sozialhilfebedürftig. Der 4. Senat des BSG teilt die Auslegung des § 85 (jetzt Abs 1) Nr 3 Satz 2 BSHG durch den 5. Senat des BVerwG (aaO) und durch den 12. Zivilsenat des BGH (aaO und ferner in NJW 1991, 356 f).

Schließlich hätte der Versicherte auch nach § 25c Abs 3 Satz 1 BVG keine Billigkeitsentscheidung des Trägers der Kriegsopferfürsorge erstreiten können, seine Renteneinkünfte zu Unterhaltszwecken insoweit nicht einzusetzen, als dies bei Berücksichtigung seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen "unbillig" wäre. Der Versicherte hat keine derartige Unbilligkeitsentscheidung begehrt, sondern sich für nicht unterhaltsfähig erklärt. Diese Entscheidung ist hinzunehmen. Ein solches Verhalten wird vom Unterhaltsrecht generell respektiert (BGHZ 111, 194, 197 f): "Jede Unterhaltspflicht findet dort ihre Grenze, wo dem Betroffenen - wie hier - nicht die Mittel für den eigenen notwendigen Lebensunterhalt verbleiben".

Zusammengefaßt:

Der Versicherte war der Klägerin zur Zeit seines Todes nicht zum Unterhalt verpflichtet. Damit konnte diese keine Geschiedenenwitwenrente gemäß § 42 Abs 1 Satz 1 AVG beanspruchen. Bei Erlaß der Rentenablehnung vom 13. März 1991 hat die Beklagte das seinerzeit geltende materielle Recht zutreffend angewandt. Sie war somit nicht verpflichtet, den bindend gewordenen Bescheid zurückzunehmen. Da die Anfechtungsklage nicht begründet ist, konnten auch die weiteren Verpflichtungs- und Zahlungsklagen keinen Erfolg haben. Die Revision der Klägerin war somit als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.