

Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch (Art. 3 GG; § 44 Abs. 4 SGB X);
hier: Anmerkung zum BSG-Urteil vom 14.2.2001 - B 9 V 9/00 R -
von Prof. Dr. Maximilian WALLERATH, Greifswald, in
"DIE SOZIALGERICHTSBARKEIT, 1/2002, 56-59

Das BSG hat mit Urteil vom 14.2.2001 - B 9 V 9/00 R -
(HVBG-INFO 2001, 1618-1623) Folgendes entschieden:

Leitsatz

1. Richtet ein Leistungsträger von sich aus ein Serienschreiben an die Angehörigen eines von einer Rechtsänderung betroffenen Personenkreises, worin er diesen empfiehlt, bestimmte Sozialleistungen zu beantragen, so darf er in seinen Unterlagen erfaßte Angehörige dieses Personenkreises nicht aus verwaltungstechnischen Gründen von der Benachrichtigung ausnehmen.
2. Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch kann auch aufgrund einer gegen Art 3 GG verstoßenden Ungleichbehandlung beratungsbedürftiger Personen durch einen Leistungsträger begründet sein.
3. Im Rahmen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs hat der Leistungsträger den Berechtigten, der infolge fehlender, aber erforderlicher Beratung einen verspäteten Leistungsantrag gestellt hat, innerhalb seiner Zuständigkeit auch dann so zu stellen, als sei der Antrag rechtzeitig gestellt worden, wenn der Antrag Leistungen eines fremden Leistungsträgers betroffen hätte.
4. Zur entsprechenden Anwendung des § 44 Abs 4 SGB 10 auf den Herstellungsanspruch.

Anmerkung:

Die Entscheidung fügt der inzwischen umfänglichen Rechtsprechung zum Herstellungsanspruch eine weitere, bislang noch nicht behandelte Fallgestaltung hinzu. Sie bietet ein anschauliches Lehrstück über den Koordinationsbedarf eines in verschiedene Subsysteme gegliederten Systems sozialer Sicherung, dem es nur in Grenzen gelingt, die selbst produzierte Kontingenz zu überwinden. Ein genauerer Blick auf die in dem Urteil angelegte Problematik zeigt indes, dass deren Kern vor allem im Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu verorten ist; hierbei wird die Wertung des § 44 Abs. 1 SGB X nicht ganz außer Betracht zu lassen sein. Die Reihenfolge der Leitsätze macht dies zutreffend deutlich, während sich die Begründung insoweit eher zurückhält.

1. Ausgangspunkt der Überlegungen des Senats ist die Feststellung, ausschlaggebend für den Zahlbetrag der (wieder-)aufgelebten Versorgungsrente der Klägerin sei die sich aus der Versicherung ihres ersten Ehemann (M) ergebende „Nullrente“, die am 1. 10. 1996 „begonnen“ habe. Eine Hinterbliebenenrente könne nach § 99 Abs. 3 SGB VI nicht für mehr als zwölf Kalendermonate vor dem Monat geleistet werden, in dem sie beantragt worden ist. Da der Antrag aber erst im Oktober 1997 gestellt worden sei, sei zunächst von diesem Datum auszugehen. Die Beklagte habe die Klägerin aber nach den für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch geltenden Grundsätzen so zu stellen, als hätte sie die Leistung aus der Versicherung ihres ersten Ehemannes bereits innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des RRG 1992, also spätestens im Januar 1993, beantragt.

2. Das BSG hat den Herstellungsanspruch vor dem Hintergrund des gegliederten, für den Bürger nur schwer überschaubaren Systems sozialer Sicherung einerseits und der besonderen Betreuungspflichten der Sozialleistungsträger nach den §§ 13 ff. SGB I andererseits als Reaktionsanspruch auf die Verletzung behördlicher Pflichten entwickelt. Es ging gleichsam um die Korrektur einer „Fehlsteuerung des Betroffenen durch Verwaltungsfehler“ (Gagel, SGB 2000, S. 517). Während der zunächst von den Verwaltungsgerichten aufgegriffene Folgenbeseitigungsanspruch *retrospektiv* ist - er orientiert sich an einem früheren Zustand, der durch rechtswidriges Verwaltungshandeln eine anhaltende Beeinträchtigung erfahren hat -, zielt der Herstellungsanspruch darauf, die auf einer behördlichen Pflichtverletzung beruhende Verfehlung eines *prospektiven*, also in die Zukunft reichenden normativen Programms, auszugleichen. Der Berechtigte soll in einen Stand gesetzt werden, der bestehen würde, wenn sich der Leistungsträger (oder ein mit diesem funktional verbundener dritter Träger) rechtmäßig verhalten hätte (näher hierzu Wallerath, in: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes 39, 1994, S. 67, 81 f.): Insofern steht die nachgeholte Erfüllung eines in der Rechtsordnung bereits angelegten und bei ordnungsgemäßem Verwaltungshandeln realisierten Anspruchs zur Debatte; mit dem zu überwindenden Faktor „Zeit“ ist auch und nicht zuletzt die (Wieder-)Herstellung intertemporärer Gerechtigkeit das Ziel.

Das BSG behandelt den Herstellungsanspruch inzwischen als feststehendes Institut der nachträglichen Korrektur behördlichen Fehlverhaltens, ohne sich mit der dogmatischen Struktur des Anspruchs noch lange aufzuhalten. Wo auch immer man den Herstellungsanspruch dogmatisch verortet – sei es mit Rechtsprechung und überwiegender Meinung im Schrifttum als *spezifisch sozialrechtliches Institut* oder aber als allgemeines *rechtsstaatliches Institut* (näher hierzu Maier, in: v. Maydell / Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 2. Aufl. 1996, 7 / 25 ff.; Wallerath, DÖV 1987, S. 505, 509 f. jew. m. zahlr. w. N.) –, in jedem Fall gilt, dass er aufgrund seiner lediglich rechtsgrundsätzlichen Geltung auf eine bereichsweise Ausformung angelegt ist und damit nur nachrangig anwendbar ist. Im Spannungsverhältnis von „Grundsatz und Norm“ geht es um die maßstabsgerechte Weiterführung rechtsprinzipieller Erkenntnis auf der Ebene zunehmender Rechtskonkretisierung. Dem entspricht es, dass sich die Folgen des konkreten administrativen Fehlverhaltens, die im positiven Recht bereits normiert sind, ausschließlich nach der spezialgesetzlichen Regelung bestimmen (z. B. die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte). Zugleich erklärt sich damit, dass auch gesetzliche Bestimmungen, die auf die Erhaltung des ursprünglichen Leistungsanspruchs gerichtet sind, ohne auf ein behördliches Fehlverhalten abzustellen, dem Herstellungsanspruch grundsätzlich vorgehen (z. B. die Vorschriften über eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand). Nur eine solche Disziplinierung durch die Grundsätze der Spezialität und der Subsidiarität kann der in der Figur mit angelegten expansiven Tendenz Einhalt gebieten (beispielhaft BSG, SGB 1997, S. 475 zur Erhebung der Verjährungseinrede bei unzureichender Beratung des Leistungsberechtigten).

3. In der Ausprägung, die der Herstellungsanspruch durch die Rspr. des BSG erfahren hat, ist die *Tatbestandsseite* denkbar weit gefasst: Es genügt die Verletzung irgendeiner Pflicht der Behörde zu rechtmäßigem Verhalten gegenüber dem Leistungsberechtigten, insbesondere (aber keineswegs nur) eine fehlerhafte Auskunft oder die Unterlassung einer gebotenen Beratung (vgl. nur BSG, Soz 5070 § 10 Nr. 19 – unzutreffendes Merkblatt; SozR 1200 § 14 Nr. 16 – zögerliche Bearbeitung; BSGE 56, 61, 62 – rechtswidrige Satzung; BSG, SozR 3-5910 § 91 a Nr. 7 – verspätete Weiterleitung eines Antrags). Entscheidend ist die „objektive“ Verletzung der Pflicht, auf ein Verschulden der Behörde kommt es nicht an (BSGE 51, 89, 94 f. 57, 288 f., 58, 283). Überdies wird das Fehlverhalten einer dritten Behörde der leistungsverpflichteten Behörde jedenfalls dann zugerechnet, wenn diese kraft normativer Vorentscheidung arbeitsteilig in den Bearbeitungsprozess eingeschaltet ist (BSG 51, 89, 94 f.; 57, 288 f., 58, 283; 73, 56, 60).

Danach kam es zunächst entscheidend darauf an, ob die erst Jahre nach dem Inkrafttreten des RRG 1992 erfolgte Antragstellung der Klägerin auf Zahlung wiederaufgelebter Versorgungswitwenrente auf einer dem Beklagten zurechenbaren Pflichtverletzung beruhte. Der Senat nähert sich der Auflösung dieser Frage in drei Schritten: Er verneint zunächst überzeugend eine eigene Beratungspflicht des Beklagten auf der Grundlage einer analogen Anwendung des § 115 Abs. 6 SGB VI. Sodann schließt er eine entsprechende, der Beklagten zurechenbare Pflichtverletzung des Rentenversicherungsträgers aus: Selbst wenn die LVA nach § 115 Abs. 6 SGB VI verpflichtet gewesen wäre, rechtzeitig auf die Möglichkeit eines Antrags auf Witwenrente aus der Versicherung des zuletzt verschiedenen Ehemannes M. hinzuweisen, könne eine etwaige Pflichtverletzung dem Beklagten zugerechnet werden: Die LVA sei nämlich nicht arbeitsteilig in die Aufgabenwahrnehmung der Beklagten eingebunden (vgl. insoweit auch BSG, SozR 3-3100 § 60 Nr. 3).

a) In mehreren Entscheidungen hatte das BSG diese Formel freilich durchaus weiter gefasst. So hat das Gericht für die Zurechenbarkeit des Verhaltens einer anderen Behörde im Rahmen des

Herstellungsanspruchs auch ausreichen lassen, dass die Leistungen verschiedener Leistungsträger in einem Konkurrenzverhältnis stehen (BSG, SozR 1200 § 14 Nr. 19, SozR 3-1200 § 14 Nrn. 8 und 22), teilweise wurde zusätzlich darauf abgestellt, ob die fraglichen Leistungen „zweckidentisch“ sind (BSG, SozR 3-1200 § 14 Nr. 8 [Bafög und Kindergeld – konkret verneint] und Nr. 22 [Arbeitslosenhilfe und EU-Rente]; näher Wallerath, DÖV 1994, 761 f.).

Tatsächlich ist die Zurechnung des Fehlverhaltens einer anderen Behörde zum leistungsverpflichteten Träger in unterschiedlichen Konstellationen in Betracht zu ziehen: Zum einen kann die Aufgabe sozialer Sicherung bei gleichem Rechtsgrund – je nach Leistungsart – mehreren Trägern überantwortet sein. Wenn das BVerwG (E 36, 200) das Fehlverhalten eines Versorgungsamtes der Hauptfürsorgestelle zugerechnet hat, so folgt dies genau diesem Gedanken. Zum anderen können in die Aufgabenwahrnehmung verfahrensmäßig mehrere Stellen einbezogen sein (z. B. Versicherungsträger einerseits und Versicherungsamt andererseits). Schließlich kann eine Konkurrenz von Leistungen vorliegen, die den gleichen sozialpolitischen Zweck verfolgen (sog. „Zweckidentität“). Man mag in der Tat bezweifeln, ob diese Voraussetzung bereits dann erfüllt ist, wenn bestimmte „Anrechnungsregeln“ bestehen; zielführender scheint mir, insoweit auf den materiellen Leistungszweck wie auch auf die maßgeblichen Leistungsgrundsätze abzustellen. Bei Hinterbliebenenrenten aus unterschiedlichen Teilgebieten des Rechts sozialer Sicherung dürfte die Annahme konvergierender Zwecke jedenfalls nicht von vornherein ausscheiden.

Der Senat lässt sich freilich auf die Frage der „Zurechenbarkeit“ nicht näher ein – wohl nicht nur deshalb, weil er bereits in seiner Entscheidung vom 15. 8. 2000 (SozR 3-3100 § 60 Nr. 3) eine klare Absage an ein weites Verständnis getroffen hatte, sondern auch aus dem Grunde, weil das Ergebnis insoweit bei einer Vertiefung der Problematik kaum anders gelautet hätte. Der Grund hierfür liegt in dem begrenzten Inhalt der Beratungspflicht nach § 115 Abs. 6 SGB VI, der, wie der Senat im Zusammenhang mit der Frage der analogen Anwendung dieser Bestimmung ausführt, auf die spezielle Situation der Rentenversicherung beschränkt ist und nur im Hinblick auf diesen Versicherungszweig „die allgemeine Aufklärungs- und Beratungspflicht zu einer konkreten Informationspflicht“ ausgebaut hat. Ob diese Pflicht überhaupt verletzt war, lässt die Entscheidung offen. Für die LVA ging es denn auch nur um die Hinterbliebenenrente (Versicherungsrente) nach dem zweitverstorbenen Ehemann. Zwar hatte deren Schicksal zugleich Auswirkungen auf die Hinterbliebenenrente (Versorgungsrente) nach dem erstverstorbenen Ehemann, was möglicherweise einen konkreten Beratungsbedarf bei individueller Vorsprache hätte begründen können (siehe BSG, Soz 3-1200 § 14 Nr. 22) – dieser war jedoch auf ein anderes Sozialrechtsverhältnis bezogen und konnte daher nur über § 14 SGB I seine rechtliche Abstützung erfahren. Selbst wenn aber die Beratungspflicht nach § 115 Abs. 6 SGB VI durch die LVA verletzt worden wäre, konnte dies das weitere Verhalten der Klägerin im Hinblick auf die Versorgungsrente nur mittelbar beeinflusst haben. Anders als bei einer Pflichtverletzung, die sich auf das „gestörte“ Sozialrechtsverhältnis selbst bezieht, ist hier die Kausalität im Hinblick auf die Herstellungslage keineswegs induziert. Was die Klägerin im Hinblick auf die Versorgungsrente unternommen hätte, wenn ihr im Jahre 1992 von der LVA ein Hinweis auf die Berechtigung der Versichertenhinterbliebenenrente gegeben worden wäre, lässt sich nicht sagen. Insofern verhält es sich nicht anders als bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht nach § 13 I SGB I, die sich nicht zufällig ausschließlich an den zuständigen Leistungsträger wendet. Sie wird nicht nur wegen des unbestimmten Adressatenkreises, sondern – wie die Ausnahmen zeigen – gerade auch wegen des höchst diffusen Kausalzusammenhangs

regelmäßig nicht als ausreichend für die Begründung eines Herstellungsanspruch angesehen.

b) Konsequenterweise wendet sich deshalb der Senat (erneut) einer möglichen Pflichtverletzung des Beklagten selbst zu. Mit Recht schließt das Gericht zunächst eine entsprechende Beratungs bzw. Auskunftspflicht der Beklagten nach §§ 14, 15 SGB I aus, weil es insoweit an einem Beratungersuchen der Klägerin bzw. einem sonstigen, konkreten Anlass zur Auskunftserteilung fehlte. Auch im Hinblick auf die Nichterfüllung der Aufklärungspflicht nach § 13 SGB I über den neuen Inhalt des SGB VI durch die *Beklagte* selbst kommt er zu keinem anderen Ergebnis. Diese ist, wie bereits erwähnt, nicht geeignet, einen Herstellungsanspruch zu begründen. Nur eine „Schlechterfüllung“ der Aufklärungspflicht, also eine unrichtige oder missverständliche Aufklärung, durch die der Leistungsberechtigte zu nachteiligen Dispositionen verleitet wurde, wäre geeignet, die erforderliche Grundlage für einen Herstellungsanspruch zu liefern (*BSGE* 67, 90, 94; 79, 168, 174).

c) Nun ist die Beklagte ihrer objektiv-rechtlichen Aufklärungspflicht nach § 13 SGB I insoweit nachgekommen, als sie den Teil der Berechtigten, der aus dem noch nicht archivierten Aktenbestand zu ermitteln war, in einem „Serienschreiben“ auf die geänderte Rechtslage hingewiesen hat. Darin, dass die Beklagte die Klägerin hiervon ausgenommen hat, sieht der Senat einen Verstoß gegen Art. 3 GG, der zugleich eine subjektiv-rechtliche Sanktion in Form des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs begründet. Der Senat stellt die nur einen Teil der Berechtigten erfassende Aufklärung einer „Schlechterfüllung“ gleich. Das ließe sich immerhin durch die Annahme rechtfertigen, der objektiv-rechtliche Gehalt des § 13 SGB I beziehe sich nur auf die darin statuierte „Informationspflicht“. Mache die Behörde hiervon Gebrauch, so sei sie — im Verhältnis der davon Betroffenen — verpflichtet, nicht nur richtig, sondern auch alle gleich zu informieren. Deshalb sei der Beklagte gehalten gewesen, auch die Personen zu informieren, deren Akten bereits archiviert waren oder die — wie er wusste oder jedenfalls vermuten konnte — durch eine Rentenantragstellung Vorteile erwerben würden. Die Archivierung allein stelle jedenfalls keinen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung der beiden Personengruppen dar. Dem naheliegenden Einwand, wie dies denn geschehen könne, wo doch die Berechtigten gerade nicht im laufenden Aktenbestand erfasst waren, begegnet der Senat mit dem Hinweis, dass der Beklagte, „wenn auch erst 1997, ohne zusätzliche Erkenntnisse, aufgrund der Archivunterlagen, die zweite Gruppe“ habe „ermitteln und benachrichtigen“ können. Mit der Einbeziehung des zeitlichen Elements vermeidet der Senat den Vorwurf, die angenommene Aufklärungspflicht sei auf ein tatsächlich unmögliches Verhalten gerichtet. Dabei bleibt — vor dem Hintergrund der analogen Anwendung des § 44 Abs. 4 SGB X durchaus verständlich — unklar, ob insoweit die Gleichbehandlungspflicht der Behörde relativiert sein soll, was z. B. eine gewisse Parallele in den Fällen des Einschreitens gegen baurechtliche Missstände fände (vgl. hierzu *Bay. VGH*, MDR 1963, S. 285 f.; *OVG Lüneburg*, DVBl. 1965, 776 f.).

All das ändert freilich nichts an der Konsequenz: Die Beklagte hatte die Pflicht zur „Durchforstung“ des Archivs zur Feststellung der potentiell Berechtigten. Eine solche Pflicht bringt in Erinnerung, dass § 44 Abs. 1 SGB X, der zugleich als eine spezialgesetzliche Ausformung des Herstellungsanspruchs versteht (zutreffend *Maier* in: v. Maydell/Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 2. Aufl. 1996, 7 / 61), die rückwirkende Aufhebung eines Verwaltungsaktes nur insoweit vorschreibt, als „sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass eines Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen wurde, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind“. Damit hat

der Gesetzgeber die Leistungsträger von der Verpflichtung freigestellt, in mehr oder weniger bestimmten Zeiträumen oder nach besonderen Anlässen (etwa nach einer gerichtlichen Entscheidung oder einer aufsichtlichen Maßnahme) den gesamten Aktenbestand zu überprüfen, ob sich ein Anlass zu einem Vorgehen nach § 44 SGB X ergibt. Die Vorschrift setzt damit der behördlichen Prüfungspflicht, die sich möglicherweise auf die Fürsorgepflicht im Rahmen eines Versicherungsverhältnisses zurückführen ließe, eine Grenze, die erkennbar auf die administrative Leistungsfähigkeit Rücksicht nimmt. Eine Korrektur erfolgt nur in dem Vorgang, in dem die Rechtswidrigkeit entdeckt wird (*Hauck*, in: ders. (Hrsg.), SGB X/1,2, 1999, § 44 Rz. 14; *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Bd. 2, 2001, § 44 SGB X Rz. 27; *Wiesner*, in: Schroeder-Printzen u. a., SGB X, 3. Aufl. 1996, § 44 Rz. 13).

Nun geht es vorliegend nicht um die nachträgliche Korrektur eines von Anfang an rechtswidrigen Rentenbescheides. Auch wird eine allgemeine Aufklärungspflicht keineswegs durch die Sachentscheidungspflicht der Behörde im konkreten Fall begrenzt. Von daher ist es durchaus denkbar, dass die Aufklärungspflicht weiter reicht als die Pflicht der Behörde, von sich aus die Rechtmäßigkeit eines einzelnen Verwaltungsaktes zu überprüfen. Dennoch drängt sich die Frage auf: Sollten zwischen dem laufenden Bestand und den bereits archivierten Vorgängen tatsächlich keine sachlich begründbaren (so die ältere Formel des BVerfG [E 65, 114, 148; 93, 319, 348] oder „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht“ (*BVerfGE* 55, 72, 88; 82, 97, 271, 290 — sog. „neue Formel“) bestehen, dass eine unterschiedliche Behandlung dieser Fälle auch im Hinblick auf eine Aufklärung gerechtfertigt ist? Sicher ist, dass der Leistungsträger nicht von sich aus einen beliebigen Anknüpfungspunkt für eine unterschiedliche Ausgestaltung der Auskunftspflicht im Hinblick auf die davon Betroffenen schaffen kann. Das führt zu der entscheidenden Folgefrage, *aus welchem Grund* der Vorgang der Archivierung zugeführt wurde. Sollte diese ihrerseits aufgrund eines korrekten Abwägungsprozesses erfolgt sein, so lägen sehr wohl unterschiedliche Fälle vor, die zumindest eine unterschiedliche Form der Aufklärung von Betroffenen aus dem laufenden Bestand einerseits und sonstigen Betroffenen andererseits rechtfertigen könnten. Vorliegend war der Klägerin eine sog. „Nullrente“ bewilligt worden. Dies bedeutete, dass die Rente der Klägerin dem Grunde nach zustand, aber aufgrund von Anrechnungsbestimmungen im Hinblick auf anderweitige Rentenzahlungen nicht zur Auszahlung kam. Der Rentenzahlungsanspruch war insofern mit einer gewissen Labilität behaftet. Änderungen des Rechts der Hinterbliebenenrenten in der gesetzlichen Rentenversicherung konnten eine Neuberechnung erfordern. Unter diesem Aspekt dürfte es nicht zu weit gegriffen sein, von der Beklagten zu erwarten, dass der Vorgang noch nicht ins Archiv gegeben wurde und so „aus den Augen verschwand“. Es ging denn auch nicht nur um eine irgendwann mögliche Rechtsänderung auf irgendeinem Rechtsgebiet, die nie auszuschließen ist und gegen die kein Leistungsträger oder -berechtigter gewappnet ist, sondern um die dauerhafte Abhängigkeit eines festgestellten Rentenanspruchs von Voraussetzungen, über welche die Beklagte selbst nicht verfügen konnte. Damit erweist sich bereits die „Entnahme“ des Versorgungsfalles „aus dem laufenden Bestand“ als eigentliche, den Herstellungsanspruch auslösende Pflichtverletzung der Beklagten. Dass diese in der Begründung der Entscheidung in den Hintergrund geriet, hängt wiederum mit der Analogie zu § 44 Abs. 4 SGB X zusammen, mit welcher die Rechtsprechung dem Herstellungsanspruch zutreffend eine zeitliche Befristung zumisst; damit wird zugleich die Bedeutung des Zeitpunkts der Pflichtverletzung relativiert.

4. Der Herstellungsanspruch ist grundsätzlich auf Naturalrestitution desjenigen hypothetischen Zustandes gerichtet, der sich bei

einem pflichtgemäßen Verhalten der Behörde eingestellt hätte. Die Behörde hat dem Versicherten also diejenige Rechtsposition einzuräumen, die er gehabt hätte, wenn von Anfang an ordnungsgemäß verfahren worden wäre. Die Rechtsprechung hat die Herstellungspflicht schon früh dahingehend eingegrenzt, dass der Anspruch grundsätzlich nur auf ein *zulässiges und rechtlich mögliches* hoheitliches *Verwaltungshandeln* gerichtet sein könne. Diese Begrenzung ist zunächst deshalb nicht unproblematisch, weil der materiell-rechtliche Herstellungsanspruch gerade für die Fälle geschaffen wurde, in denen eben keine andere öffentlich-rechtliche Norm das gewünschte Verhalten zulässt. Insofern muss genügen, dass „die zur Herstellung notwendige Amtshandlung in den wesentlichen Zügen ihrer Ausgestaltung dem Gesetz“ entspricht (BSGE 49, 76, 80). Jedenfalls ist dem Umstand, dass eine außerhalb des Versicherungsverhältnisses liegende Tatsache im Wege des Herstellungsanspruchs fingiert werden muss, um ein bestimmtes hoheitliches Handeln zu ermöglichen, für sich gesehen keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen (vgl. demgegenüber noch BSGE 60, 43, 49; BSG, SGB 1986, S. 11 ff., differenzierend BSGE 65, 293; 300). Beispiele für solche im Wege des Herstellungsanspruchs zu überwindende, exogen induzierten Tatbestandselemente finden sich verschiedentlich (vgl. nur BSG, SozR 4100 § 134 Nr. 36 – Bezug von Übergangsgeld bei der Berechnung der Arbeitslosenhilfe; BSGE 48, 269 ff.; BSG, Soz 4100 141 b Nr. 37 – Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Voraussetzung für die Bewilligung von Insolvenzgeld). Dass der entsprechende Antrag der Beklagten auf Hinterbliebenenrente aus dem Versicherungsverhältnis des erstverstorbenen Ehemanns – als ein außerhalb des Versorgungsverhältnisses liegender Tatbestand – vom Gericht fingiert wurde, ist demgemäß nicht zu beanstanden. Richtig hat es der Senat auch auf den „Antrag“ als solchen und nicht auf die Entscheidung des Rentenversicherungsträgers abgestellt, weil bereits der Antrag den Rentenanspruch begründe (§ 40 Abs. 1 SGB I i. V. m. § 99 Abs. 2 SGB VI) und dessen Höhe gemäß § 46 Abs. 3 i. V. m. §§ 90 Abs. 1 SGB VI feststehe.

5. Der Senat geht schließlich der Frage nach, ob die Klägerin die Verzögerung des Eintritts der Leistungsvoraussetzungen für die wiederaufgelebte Versorgungswitwenrente mitverschuldet habe. Zwar ist der Herstellungsanspruch seinerseits nach der Rechtsprechung des BSG gerade nicht verschuldenabhängig. Auch soll insoweit das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ gelten (Gagel, SGB 2000, S. 517, 520; für den Folgenbeseitigungsanspruch ist dieser Grundsatz mittlerweile aufgeweicht, vgl. *BVerwGE* 82, 24 ff.). Dennoch wird man mit dem BSG (SozR 1200 § 14 Nr. 16; zust. *Maier* a. a. O 7 / 41) in einem zumindest „grob fahrlässigen Mitverschulden“ des Berechtigten einen „Ausschlussgrund“ für die Geltendmachung des Herstellungsanspruchs zu sehen haben. Dass dieser hier – trotz der in dem Bescheid vom 6. 11. 2001 enthaltenen Begründung – nicht zum Zuge kommt, hat der Senat zutreffend festgestellt; dabei braucht man gar nicht erst auf den Inhalt der bemerkenswert adressatenfernen („aus dem laufenden Bestand entnommen“) Begründung abzustellen, weil der Bescheid in keinem Fall eine Verschiebung der Verantwortlichkeit hätte rechtfertigen können.

*Prof. Dr. Maximilian Wallerath,
Greifswald*