

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
8. November 1989

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 1 RA 23/86

.....

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesversicherungsanstalt für Angestellte,
Berlin 31, Ruhrstraße 2,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

- 1)
- 2)

Prozeßbevollmächtigte:

.....

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom
8. November 1989 durch den Präsidenten Dr. R e i t e r , den Richter F u n k
und die Richterin Dr. W o l f f sowie die ehrenamtlichen Richter D e k a r s k i
und B a r t s c h
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers werden die Urteile des Landessozialgerichts für das Land
Nordrhein-Westfalen vom 15. April 1985 und des Sozialgerichts Düsseldorf vom
24. Februar 1984 abgeändert.

Die Beklagte wird in Abänderung ihres Bescheides vom 6. Mai 1983 in der Gestalt des
Widerspruchsbescheides vom 27. Oktober 1983 dem Grunde nach verurteilt, dem Kläger



für seine frühere Ehefrau Almut Hess im Rahmen des Versorgungsausgleichs entrichtete Beiträge zurückzuzahlen.

Die Beklagte hat dem Kläger als vorläufige Leistung 125.000,-- DM zu zahlen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger und den Beigeladenen zu 1) und 2) die außergerichtlichen Kosten des Verfahrens zu erstatten.

G r ü n d e :

I

Streitig ist ein Anspruch des Klägers auf Rückzahlung von Beiträgen, die er im Rahmen des Versorgungsausgleichs zur Begründung einer Rentenanwartschaft für seine frühere Ehefrau (Almut H. ; im folgenden: Versicherte) entrichtet hat.

Der Kläger, von Beruf Arzt, gehört der Ärzteversorgung der Ärztekammer Nordrhein als Pflichtmitglied an. Aus seiner früheren Ehe mit der Versicherten stammen zwei Kinder, der am 11. Oktober 1964 geborene Sohn Martin und die am 31. August 1970 geborene Tochter Frauke. Die Ehe wurde durch Urteil des Amtsgerichts M. - Familiengerichts (FamG) - am 16. April 1980, rechtskräftig seit 28. Mai 1980, geschieden. Zugleich wurde der Kläger verpflichtet, für die Versicherte, die bisher keine Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung erworben hatte, gemäß § 1587b Abs 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) bei der Beklagten eine Rentenanwartschaft zu begründen. Diese Verpflichtung erfüllte der Kläger im November/Dezember 1980 durch Zahlung von Beiträgen in Höhe von 158.844,82 DM. Am 18. Januar 1983 verstarb die Versicherte, ohne Leistungen von der Beklagten bezogen zu haben.

Der Antrag des Klägers vom 31. Januar 1983 auf Rückzahlung dieser Beiträge wurde mit Bescheid vom 6. Mai 1983 mit der Begründung abgelehnt, daß die Voraussetzungen des § 7 des Gesetzes zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich (VAHRG) vom 21. Februar 1983 (BGBl I 105) wegen möglicher Waisenrentenansprüche nicht erfüllt seien. Widerspruch, Klage und Berufung des Klägers blieben ohne Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 27. Oktober 1983, Urteil des Sozialgerichts -SG- Düsseldorf vom 24. Februar 1984 und Urteil des Landessozialgerichts -LSG- für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15. April 1985). Das LSG hat im wesentlichen ausgeführt:



Die Voraussetzungen des § 7 iVm § 4 Abs 2 VAHRG seien nicht erfüllt, weil die Kinder der Verstorbenen noch Halbwaisenrentenansprüche geltend machen könnten und deshalb nicht feststehe, daß keine Leistungen in dem in § 4 Abs 2 VAHRG genannten Umfang zu erbringen seien. Daran ändere auch der Umstand nichts, daß im Berufungsverfahren beide Kinder auf ihre Waisenrentenansprüche verzichtet hätten. Hierdurch seien die Kinder nicht gehindert, jederzeit die Waisenrentenansprüche mit Wirkung für die Zukunft wieder geltend zu machen. Der nach § 46 des Sozialgesetzbuches - Allgemeiner Teil - (SGB I) grundsätzlich mögliche Verzicht auf Sozialleistungen beinhalte bei Rentenansprüchen nur den Verzicht auf einzelne Leistungsansprüche, nicht aber auf das Stammrecht; dieses Recht sei grundsätzlich unverzichtbar. Die Regelungen der §§ 4 bis 8 VAHRG seien auch nicht verfassungswidrig, sondern entsprächen dem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) im Beschluß vom 28. Februar 1980 (BVerfGE 53, 257 ff). Es könne dahingestellt bleiben, ob § 1 VAHRG, der eine Realteilung von Versorgungsanwartschaften nunmehr in größerem Umfange zulasse, hinsichtlich des Zeitpunktes seines Inkrafttretens verfassungswidrig sei. Auch wenn davon ausgegangen werde, daß diese Vorschrift nicht erst ab 1. April 1983, sondern - wie der Kläger geltend mache - schon früher gelten müsse, nachdem § 1587b Abs 3 BGB durch Beschluß des BVerfG vom 27. Januar 1983 (BVerfGE 63, 88) für verfassungswidrig erklärt worden sei, nütze dies dem Kläger nichts. Denn in seinem Fall liege hinsichtlich seiner Verpflichtung aus § 1587b Abs 3 BGB ein rechtskräftiges Urteil vor, das auch bereits vollzogen sei. Dieses Urteil sei nach § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) ungeachtet der Nichtigkeitserklärung bindend und weiterhin verbindlich. Dies bedeute, daß jedenfalls der Fall des Klägers nicht rückwirkend vom Gesetzgeber habe anders geregelt werden müssen. Im übrigen gehe auch das BVerfG davon aus, daß derartige Fälle allenfalls einer Härteregelung iS von § 7 VAHRG bedürften, nicht aber allein wegen der Nichtigkeitserklärung des § 1587b Abs 3 BGB wieder neu aufgerollt werden müßten.

Mit der vom Bundessozialgericht (BSG) zugelassenen Revision macht der Kläger geltend, daß seinem infolge der Nichtigkeit des § 1587b Abs 3 Satz 1 BGB gegebenen Rückforderungsanspruch nicht § 7 VAHRG entgegengehalten werden könne, weil diese Vorschrift verfassungswidrig sei, jedenfalls aber verfassungskonform dahin hätte ausgelegt werden müssen, daß sie einen einschränkungslosen Rückforderungsanspruch gewähre. Bereits aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 28. Februar 1980 (aaO) habe festgestanden, daß die ausnahmslose Anordnung des Versorgungsausgleichs durch Beitragszahlung nach § 1587b Abs 3 Satz 1 BGB verfassungswidrig sei; dies sei mit dem späteren Beschluß vom 27. Januar 1983 (aaO) bestätigt und die genannte Bestimmung wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip und Art 14 des Grundgesetzes (GG) für nichtig erklärt worden. Der Gesetzgeber wäre daher verfassungsrechtlich verpflichtet gewesen, die gebotene Härteregelung zur Vermeidung grundrechtswidriger Eingriffe für alle von der nichtigen Norm betroffenen Fälle zu schaffen und nicht erst mit Wirkung ab 1. April 1983 durch das VAHRG vom 21. Februar 1983. Dadurch, daß § 1587b Abs 3 Satz 1 BGB erst



mit Wirkung ab 1. April 1983 beseitigt und durch eine neue Vorschrift ersetzt worden sei, würden Ausgleichsverpflichtete, die - wie er - die Beiträge bereits vorher entrichtet gehabt hätten, willkürlich benachteiligt und damit Art 3 und Art 14 Abs 1 GG verletzt. Die in § 7 VAHRG geschaffene Härteregelung sei insoweit unzureichend und mit Art 14 Abs 1 GG unvereinbar, als der Rückzahlungsanspruch von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht worden sei. Eine Korrektur des aufgrund einer verfassungswidrigen Norm durchgeführten Versorgungsausgleichs habe nur dadurch geschehen können, daß die Beitragsrückzahlung in vollem Umfang und einschränkungslos habe angeordnet werden müssen. § 7 VAHRG sei insoweit einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich. Im übrigen habe das LSG bei Anwendung dieser Norm das Tatbestandsmerkmal "wenn feststeht" verkannt. Aufgrund des bereits im Berufungsverfahren von den Beigeladenen erklärten Verzichts auf Waisenrente, den seine Tochter die Beigeladene zu 2) - mit schriftlicher Erklärung vom 30. Oktober 1989 nochmals ausdrücklich bekräftigt und für unwiderruflich bezeichnet habe, stehe fest, daß künftig keine höheren als die in § 4 Abs 2 VAHRG genannten Leistungen zu gewähren seien. Ein Verzicht auf das Stammrecht auf Rente sei in § 46 Abs 1 SGB I nicht ausgeschlossen. Der hier vorliegende umfassende Verzicht habe mithin auch das Stammrecht zum Erlöschen gebracht, ohne daß insoweit ein Widerruf möglich sei. Aber selbst für den Fall, daß der Verzicht auf die Waisenrente für die Zukunft widerrufen werden könne, stehe nunmehr fest, daß durch künftige Waisenrentenansprüche der Grenzbetrag des § 4 Abs 2 VAHRG nicht mehr überschritten werden könne. Für seinen Sohn - den Beigeladenen zu 1) -, der wegen eines Wirbelsäulenleidens nicht zum Wehr- oder Ersatzdienst habe herangezogen werden können, sei mit der Vollendung seines 25. Lebensjahres am 11. Oktober 1989 eine Waisenrenten-Berechtigung entfallen. Mit der für seine Tochter - die Beigeladene zu 2) - noch möglichen Waisenrente könne der Grenzbetrag nicht mehr erreicht werden.

Der Kläger beantragt,

die Urteile des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15. April 1985 und des Sozialgerichts Düsseldorf vom 24. Februar 1984 abzuändern und die Beklagte unter Abänderung ihres Bescheides vom 6. Mai 1983 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27. Oktober 1983 zu verurteilen, dem Kläger die im Rahmen des Versorgungsausgleichs für die Versicherte Almut H. entrichteten Beiträge in Höhe 158.844,82 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 16. April 1983 zurückzuzahlen,
hilfsweise, die Beklagte dem Grunde nach zu verurteilen, die entrichteten Beiträge zurückzuzahlen und eine vorläufige Leistung in Höhe von mindestens 125.000 DM anzuordnen.

Die Beigeladenen schließen sich diesem Antrag an.

Die Beklagte beantragt,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



die Revision zurückzuweisen.

Sie hält daran fest, daß die Voraussetzungen für eine Rückzahlung der Beiträge nach § 7 VAHRG noch nicht erfüllt seien, solange Hinterbliebene des Ausgleichsberechtigten vorhanden seien, die anspruchsberechtigt seien oder werden könnten. Selbst wenn § 7 VAHRG in seiner jetzigen Fassung über den 31. Dezember 1994 hinaus in Kraft bleiben sollte (§ 13 Abs 2 VAHRG), könne dennoch frühestens 1995 feststehen, ob die Voraussetzungen für eine Beitragsrückzahlung erfüllt seien. Auf der Grundlage des derzeit geltenden Rechts lasse sich nicht sicher feststellen, daß der Grenzbetrag des § 4 Abs 2 VAHRG durch jetzt einsetzende Waisenrentenzahlungen nicht mehr unterschritten werden könne, denn bis 1995 werde voraussichtlich das materielle Rentenversicherungsrecht geändert, wobei, abgesehen von der völlig neugestalteten Rentenberechnung, auch Verlängerungstatbestände für die Waisenrente in der Diskussion seien. Insoweit könne sich nicht nur die Höhe der Waisenrente verändern, sondern uU auch ein über 1995 hinausgehender Zahlungszeitraum entstehen. Da mithin noch nicht absehbar sei, ob die Rückzahlungsvoraussetzungen des § 7 VAHRG im Jahre 1995 überhaupt erfüllt seien, und daher der Rückzahlungsanspruch auch dem Grunde nach nicht bestehe, komme auch eine Vorschußleistung nach § 42 SGB I nicht in Betracht. Im übrigen sei der "Rückausgleich" in den engen Grenzen des § 7 VAHRG nicht verfassungswidrig.

II

Die Revision des Klägers ist nicht aus dem Hauptantrag, sondern nur aus dem Hilfsantrag begründet. Die Beklagte ist nicht bereits vor oder mit Inkrafttreten des VAHRG verpflichtet gewesen, die aufgrund des Versorgungsausgleichs für die verstorbene Versicherte entrichteten Beiträge - nebst Zinsen seit April 1983 - zurückzuzahlen. Eine solche Verpflichtung ist vielmehr erst jetzt, und zwar nur dem Grunde nach, entstanden, so daß lediglich vorläufige Leistungen in Betracht kommen.

Anspruchsgrundlage für die Rückzahlung ist § 7 VAHRG (in seiner ursprünglichen, inzwischen durch das Gesetz über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Versorgungsausgleichs vom 8. Dezember 1986, BGBl I 2317, 2319 - ohne Einfluß auf den vorliegenden Fall - geänderten Fassung). Danach sind dem Leistenden (Kläger) vom Rentenversicherungsträger die Beiträge, die für den Berechtigten aufgrund des Versorgungsausgleichs geleistet worden sind, unter Anrechnung der gewährten Leistungen zurückzuzahlen, "wenn feststeht", daß aus dem durch die Beitragszahlungen begründeten Anrecht keine höheren als die in § 4 Abs 2 VAHRG genannten Leistungen zu gewähren sind. Nach § 4 Abs 2 VAHRG dürfen die zu gewährenden Leistungen zwei Jahresbeträge einer auf das Ende des Leistungsbezugs berechneten Rente (§ 1254 Abs 1 Halbs 1 RVO; § 31 Abs 1 Halbs 1 AVG) aus dem erworbenen Anrecht nicht übersteigen (Grenzbetrag). Daß die



letztgenannte Vorschrift verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, hat das BVerfG mit Urteil vom 5. Juli 1989 entschieden (NJW 1989, 1983).

Soweit der Kläger mit seinem Hauptantrag geltend macht, die Beklagte sei spätestens mit Inkrafttreten des VAHRG im April 1983 zur Rückzahlung der geleisteten Beiträge - zuzüglich 10 % Zinsen seit dem 16. April 1983 - verpflichtet gewesen, konnte die Revision keinen Erfolg haben. Der Meinung des Klägers, daß der Gesetzgeber wegen der Verfassungswidrigkeit des § 1587b Abs 3 Satz 1 BGB eine sofortige und einschränkungslose Rückzahlung (Rückabwicklung) der entrichteten Beiträge hätte anordnen müssen, und jedenfalls die für Vorversterbensfälle getroffene Härteregelung in diesem Sinne verfassungskonform auszulegen sei, vermag der Senat nicht zu folgen. Es trifft zwar zu, daß das BVerfG mit Beschluß vom 27. Januar 1983 (BVerfGE 63, 88 = SozR 7610 § 1587b Nr 3) den der Beitragsentrichtung zugrundeliegenden § 1587b Abs 3 Satz 1, 1. Halbsatz BGB wegen Verstoßes gegen Art 2 Abs 1 GG für verfassungswidrig und sogar für nichtig erklärt hat, weil der Ausgleichsverpflichtete durch die ihm auferlegten Zahlungen in unverhältnismäßiger Weise in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt worden ist. Aus dieser Nichtigkeitserklärung folgt indessen nicht, daß der - bereits vollzogene - Versorgungsausgleich durch Beitragsentrichtung schlechthin unwirksam und deshalb durch Rückzahlung der entrichteten Beiträge ohne weiteres rückgängig zu machen gewesen wäre. Denn nach § 79 Abs 2 Satz 1 BVerfGG bleiben rechtskräftige familiengerichtliche Entscheidungen jedenfalls dann, wenn die auferlegte Beitragsentrichtungspflicht bereits erfüllt worden ist, von der Entscheidung des BVerfG unberührt. Ein Rückzahlungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist ausgeschlossen (§ 79 Abs 2 Satz 4 BVerfGG). Die entrichteten Beiträge sind somit wirksam geblieben, ohne daß die Nichtigkeitserklärung der zugrunde liegenden Norm ohne weiteres einen Rückzahlungsanspruch begründet hat. Es ist aber auch nicht verfassungswidrig, daß der Gesetzgeber die die nichtige Norm ersetzenden Vorschriften im VAHRG erst mit Wirkung vom 1. April 1983 in Kraft gesetzt (§ 13 Abs 1 Nr 4 VAHRG) und für die davor abgewickelten Fälle keine Übergangsregelung vorgesehen hat. Angemessener Übergangsregelungen hat es lediglich für diejenigen bedurft, die die rechtskräftig angeordnete Beitragsentrichtung - aus welchen Gründen auch immer - noch nicht vollzogen hatten; hingegen war bei denjenigen, die - wie der Kläger - die Beitragsentrichtung bereits abgewickelt hatten, eine Rückabwicklung aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geboten. Im Urteil vom 8. April 1986 (BVerfGE 71, 364, 397 f, 399, unter III) hat das BVerfG insoweit ausdrücklich festgestellt, daß der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht daran gehindert ist, von einer Rückabwicklung bereits vollzogener Versorgungsausgleichsentscheidungen abzusehen (vgl auch Art 4 Abs 1 Satz 2 des oa Gesetzes vom 8. Dezember 1986, aaO). Für diese Fälle war bereits in der früheren Entscheidung vom 27. Januar 1983 (aaO S 118) im Anschluß an die Entscheidung vom 28. Februar 1980 (BVerfGE 53, 257, 303 = SozR 7610 § 1587 Nr 1 S 18) ausgesprochen worden, daß es (lediglich) einer ergänzenden Härteregelung bedürfe, die allerdings auch hier nur für Fälle des Vorversterbens des Ausgleichsberechtigten vor dem



Ausgleichsverpflichteten denkbar sei. Dem hat der Gesetzgeber mit dem VAHRG entsprochen, das fast gleichzeitig mit der Nichtigkeitserklärung des § 1587b Abs 3 Satz 1, 1. Halbsatz BGB verkündet worden ist.

Bei dieser Sachlage kann entgegen der Ansicht des Klägers die in § 7 VAHRG getroffene Härteregelung nicht in dem Sinne verfassungskonform ausgelegt werden, daß sie im Falle des Vorversterbens des Ausgleichsberechtigten einen einschränkungslosen und sofortigen Rückzahlungsanspruch gewährt. Ob und inwieweit bei der Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift zu berücksichtigen ist, daß dem Gesetzgeber bei dem damals bereits vom Bundestag verabschiedeten und am 30. April 1983 veröffentlichten VAHRG noch nicht bekannt gewesen sein konnte, daß das BVerfG mit dem - erst später veröffentlichten - Beschluß vom 27. Januar 1983 den § 1587b Abs 3 Satz 1, 1. Halbsatz BGB für nichtig erklären würde, bedarf keiner weiteren Erörterung. Denn auch wenn der Gesetzgeber bei Kenntnis von der Nichtigkeit der den Beitragszahlungen zugrundeliegenden Norm gehalten gewesen wäre, bei der gebotenen Härteregelung des § 7 VAHRG dafür Sorge zu tragen, daß nachteilige Auswirkungen dieser nichtigen Norm für den Leistenden (das ist in aller Regel der Ausgleichspflichtige) jedenfalls künftig möglichst gering gehalten werden (vgl BVerfGE 37, 217, 263), ergäbe sich für den Kläger keine günstigere Rechtslage als die, die sich bereits aufgrund des einfachen Rechts für ihn ergibt.

Im vorliegenden Fall erlaubt nämlich bereits das einfache Recht im Zusammenwirken mit dem Prozeßrecht - § 7 VAHRG iVm § 130 SGG -, Nachteile bei der Rückabwicklung der auf nichtiger Grundlage beruhenden Beitragsentrichtung dadurch zu vermeiden, daß eine vorläufige Leistung angeordnet werden kann, wenn und sobald feststeht, daß der Grenzbetrag des § 4 Abs 2 VAHRG durch noch mögliche Leistungen aus dem durch die Beitragsentrichtung begründeten Anrecht nicht mehr überschritten werden kann. § 130 SGG unterscheidet bei Ansprüchen auf eine Geldleistung, die mit einer kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage geltend gemacht werden, danach, ob der Anspruch dem Grunde nach besteht - also bereits als solcher entstanden ist - und nur der Höhe nach noch nicht festgestellt werden kann, und läßt es für vorläufige Leistungen genügen, daß im Einzelfall die Leistungspflicht des Versicherungsträgers nach ihren Grundvoraussetzungen geklärt ist. Dabei reicht es für den Erlass eines Grundurteils aus, daß es das Gericht - bei Vorliegen der Grundvoraussetzungen im übrigen - für wahrscheinlich ansieht, daß der Leistungsanspruch in einer Mindesthöhe besteht (BSGE 13, 178, 181 = SozR Nr 3 zu § 130 SGG; Bley in Gesamtkommentar zur Sozialversicherung, § 130 SGG Anm 4 b S 1196/1 mwN). Die Vorschrift knüpft folglich nicht unmittelbar an die materiellrechtlichen Leistungsvoraussetzungen der endgültigen Leistung an, so daß es insoweit keinen grundlegenden Unterschied bedeutet, daß die Feststellung der endgültigen Höhe des Anspruchs im vorliegenden Fall nicht (nur) von weiteren Sachverhaltsermittlungen, sondern von einer weiteren, abgeschlossenen Sachverhaltsentwicklung abhängt: Erst



wenn die Waisen die Höchstaltersgrenze für den Bezug der Waisenrente erreicht haben, läßt sich feststellen, in welchem Umfang "gewährte" Leistungen auf den Rückzahlungsanspruch anzurechnen sind und in welcher Höhe dieser Anspruch "endgültig" entsteht und fällig wird (§§ 40, 41 SGB I). Ist die Höhe eines bereits dem Grunde nach entstandenen Anspruchs noch nicht feststellbar, weil der erforderliche Abschluß einer Sachverhaltsentwicklung noch nicht erreicht (aber absehbar) ist, kann der Grundgedanke des § 130 SGG - wie derjenige des ihm entsprechenden § 42 Abs 1 SGB I auf der Verwaltungsebene - herangezogen werden: Sollen mit der Gewährung vorläufiger Leistungen längere Verzögerungen bei der endgültigen Bewilligung von Leistungen überbrückt werden, um Nachteile und Härten für den Leistungsberechtigten zu vermeiden (vgl zu § 130 SGG Bley, aaO, § 130 SGG Anm 5 a S 1198; zu § 42 SGB I vgl BT-Drucks 7/886, S 29; BSG Urteil vom 31. Mai 1989 - 4 RA 19/88 -, zur Veröffentlichung vorgesehen; zur Problematik vorläufiger Leistungsbewilligungen außerhalb des Anwendungsbereichs dieser speziellen Normen vgl Kreßel BayVBI 1989, 65; Schimmelpfennig BayVBI 1989, 69; Maier ZfS 1989, 78, jeweils mit weiteren Nachweisen), kann eine vorläufige Leistung auch im Rahmen des § 7 VAHRG gerechtfertigt sein, wenn - wie im vorliegenden Fall - bereits längere Zeit vor dem Wegfall möglicher Hinterbliebenenrentenberechtigungen feststeht, daß der Grenzbetrag des § 4 Abs 2 VAHRG nicht mehr überschritten werden kann und daher ein Rückzahlungsanspruch in einer Mindesthöhe wahrscheinlich ist (zur Zulässigkeit einer Vorschußgewährung aus Billigkeitsgründen entsprechend § 42 SGB I vgl Verbandskommentar, Vorbem vor § 1304 RVO, III. § 7 VAHRG RdNr 3 S 248; Schmeiduch in Soergel, Komm zum BGB, Bd 7, 12. Aufl, § 7 VAHRG RdNr 14; Rolland, VAHRG, § 7 RdNr 7).

Das gilt jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Beitragsentrichtung auf nichtiger Rechtsgrundlage beruht; denn in einem solchen Fall entspricht eine vorläufige Leistung nicht nur der Billigkeit, sondern ist geeignetes Mittel zur Vermeidung von Nachteilen, die sich bei der Anwendung des § 7 VAHRG daraus ergeben, daß von der Entstehung des Anspruchs dem Grunde nach bis zu seiner endgültigen Entstehung noch eine längere Zeit abzuwarten ist, die um so länger sein kann, je höher die im Wege des Versorgungsausgleichs entrichteten Beiträge sind. Zwar ist auch in diesen Fällen die endgültige Entscheidung über die Rückzahlung selbst nicht gefährdet, weil der Leistende (ggf seine Erben, § 9 Abs 3 VAHRG) auf jeden Fall eine - um anzurechnende Leistungen verminderte - Rückzahlung zu erwarten hat. Jedoch bedeutet es für den Leistenden einen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil, wenn ihm die bereits dem Grunde nach zustehende Rückzahlung nur deshalb - für mehrere Jahre und in vollem Umfang vorenthalten wird, weil mögliche Anrechnungsbeträge geringeren Umfangs, die den Grund des Anspruchs nicht berühren, erst nach Abschluß einer bestimmten Sachverhaltsentwicklung - der Erreichung der Höchstaltersgrenze für die Waisenrente - endgültig feststehen. Das Gericht kann deshalb nach § 130 SGG zur Leistung dem Grunde nach verurteilen und eine - auch einmalige - vorläufige Leistung anordnen, wenn die Grundvoraussetzungen für den Rückzahlungsanspruch als geklärt gelten müssen. Das ist vorliegend der Fall. Unstreitig hat



der Kläger eine auf § 1587b Abs 3 Satz 1 BGB beruhende Beitragsentrichtungspflicht erfüllt. Aus dem durch die Beitragsentrichtung begründeten Anrecht sind bisher weder der bereits im Januar 1983 verstorbenen Ausgleichsberechtigten noch deren hinterbliebenen Kindern - den Beigeladenen zu 1) und 2) - Leistungen gewährt worden. Es steht nunmehr auch fest, daß mit noch möglichen Leistungen an die Beigeladenen der Grenzbetrag des § 4 Abs 2 VAHRG nicht mehr überschritten werden kann.

Das "Feststehen" ergibt sich entgegen der Ansicht des Klägers allerdings nicht bereits daraus, daß die Beigeladenen schon im Berufungsverfahren - wie das LSG unangegriffen festgestellt hat auf Waisenrenten verzichtet haben und die - inzwischen volljährige - Beigeladene zu 2) diesen Verzicht im Revisionsverfahren durch schriftliche Erklärung vom 30. Oktober 1989 nochmals ausdrücklich bekräftigt und für unwiderruflich bezeichnet hat. Damit steht zwar fest, daß Waisenrentenbezüge für die Vergangenheit, dh Nachzahlungen für Zeiten vor Widerruf des Verzichts, nicht mehr zu gewähren sind; hingegen führt der Verzicht nicht auch zum Erlöschen jeglicher künftig noch möglicher Waisenrentenansprüche, weil auf das Rentenstammrecht entgegen der Annahme des Klägers nicht verzichtet werden kann. Denn nach § 46 Abs 1 Satz 1 SGB I kann der grundsätzlich zugelassene - einseitige - Verzicht auf Sozialleistungen (1. Halbsatz) jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden (2. Halbsatz). Das ist nur sinnvoll, wenn das Stammrecht erhalten bleibt. Verzichtbar sind also nur die jeweils fälligen oder fällig werdenden Einzelleistungen, nicht aber das Rentenstammrecht, das durch Widerruf der Verzichtserklärung jederzeit wieder aktiviert werden kann. In § 7 VAHRG selbst ist ein darüber hinausgehender Verzicht auf das Stammrecht nicht vorgesehen; dies würde auch dem Zweck des Versorgungsausgleichs, in erster Linie die Versorgung des Ausgleichsberechtigten und seiner Hinterbliebenen im Bedarfsfalle zu sichern, widersprechen. Solange die Waisen die Höchstaltersgrenze für die Waisenrente noch nicht erreicht haben, kann mithin durch einen Verzicht der Waisen auf Hinterbliebenenleistungen eine Beitragsrückzahlung nach §§ 7, 4 Abs 2 VAHRG grundsätzlich nicht ermöglicht werden (Verbandskommentar, Vorbem vor § 1304 RVO, III. § 7 VAHRG, RdNr 3 S 249). Andererseits besteht nach den - noch zu erörternden Besonderheiten des § 7 VAHRG kein Anhalt dafür, daß ein den Rückzahlungsanspruch des Leistenden erhaltender Verzicht der Waisen nach § 46 Abs 2 SGB I deshalb unwirksam wäre, weil er den Versicherungsträger belasten würde oder Rechtsvorschriften umgangen würden (vgl dazu BSG Urteil vom 17. September 1986 - 3 RK 25/85 USK 8693).

Im vorliegenden Fall hätte allerdings ein möglicher Widerruf des Verzichts im Hinblick auf § 7 VAHRG nur noch Bedeutung für die Beigeladene zu 2), nicht aber für den Beigeladenen zu 1), weil für diesen künftig keine Waisenrentenansprüche mehr entstehen können. Da er wegen eines Wirbelsäulenleidens bisher zur Erfüllung der Wehr- oder Ersatzdienstpflicht nicht herangezogen worden ist und daher ein Verlängerungstatbestand iS des § 44 Abs 1 Satz 3 AVG nicht vorliegt, hat seine Waisenrentenberechtigung mit Vollendung des



25. Lebensjahres am 11. Oktober 1989 geendet (§ 44 Abs 1 Satz 2 AVG), wobei aufgrund des bisher nicht widerrufenen Verzichts auf Waisenrente Nachzahlungen für die Vergangenheit ausgeschlossen sind. Für ihn steht deshalb unzweifelhaft fest, daß aus der für seine verstorbene Mutter begründeten Rentenanswartschaft keine Leistungen mehr zu gewähren sind. Hingegen könnten für die am 31. August 1970 geborene Beigeladene zu 2) bei einem möglichen Widerruf des Verzichts (frühestens im November 1989) noch Waisenrentenansprüche für längstens 69 Monate entstehen, weil sie erst am 31. August 1995 ihr 25. Lebensjahr vollenden wird. Das schließt jedoch nicht aus, daß bereits jetzt ein Rückforderungsanspruch aus § 7 VAHRG dem Grunde nach entstanden ist; denn es steht zur Überzeugung des Senats fest, daß ein frühestens ab Dezember 1989 möglicher Waisenrentenbezug den Grenzbetrag nicht mehr überschreiten kann. Das ergibt sich aus dem Verhältnis der Höhe der monatlichen Waisenrente zur Höhe des Grenzbetrages.

Zwar läßt sich der Grenzbetrag von zwei Jahresbeträgen einer auf das Ende des Leistungsbezugs (1995) berechneten Altersrente der verstorbenen Versicherten (§ 31 Abs 1 Halbs 1 AVG) aus dem durch die Beitragsentrichtung begründeten Anrecht derzeit nicht exakt bestimmen, weil die allgemeine Bemessungsgrundlage für 1995 nicht bekannt ist. Das gilt auch für die Höhe einer bis dahin zu gewährenden Waisenrente. Jedoch ergibt eine Gegenüberstellung der auf das Jahr 1989 bezogenen Berechnung des Grenzbetrages und der Höhe der in diesem Jahr möglichen monatlichen Waisenrente, daß bei der Halbwaisenrente eine Bezugsdauer von 101 Monaten, bei der Vollwaisenrente eine Bezugsdauer von 75 Monaten unschädlich wäre, also eine noch mögliche Waisenrentenbezugszeit von 69 Monaten diese unschädlichen Bezugszeiten unterschreitet. Dem liegt folgendes Rechenwerk zugrunde, das Gegenstand der mündlichen Verhandlung war und dessen Richtigkeit als solche von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen worden ist:

Bei Zugrundelegung der allgemeinen Bemessungsgrundlage für das Jahr 1989 in Höhe von 30.709,-- DM (§ 5 RAG 1989, BGBl I S 874) und der durch die Beitragsentrichtung begründeten 3.362,82 Werteinheiten, die bei der Berechnung der Rente der Versicherten zugrunde zu legen sind (§§ 7, 4 Abs 2 VAHRG iVm § 83b Abs 1 Satz 1 und Abs 3 und § 83a Abs 1 und Abs 4 AVG), ergibt sich ein Grenzbetrag (Zweijahresbetrag) von 30.980,65 DM ($3.362,82 \times 30.709,-- \text{ DM} \times 0,00015 \times 2 = 30.980,65 \text{ DM}$). Die aus dem übertragenen Anrecht mögliche Halbwaisenrente würde ab 1. Juli 1989 monatlich 287,-- DM, zuzüglich eines möglichen Beitragszuschusses zur Krankenversicherung der Rentner von monatlich 18,51 DM (6,45 % von 287,-- DM), also monatlich 305,51 DM betragen. Die unschädliche Bezugsdauer der Halbwaisenrente ergibt sich, wenn der ermittelte Grenzbetrag durch den monatlichen Halbwaisenrentenbetrag geteilt wird: $30.980,65 \text{ DM} : 305,51 \text{ DM} = 101,40...$

Mithin würde ein bis zu 101 Monate dauernder Halbwaisenrentenbezug der Beigeladenen zu 2) den Grenzbetrag nicht mehr überschreiten, also ein ab 1. Dezember 1989 noch



möglicher Halbwaisenrentenbezug von 69 Monaten die unschädliche Halbwaisenrentenbezugsdauer um 32 Monate unterschreiten.

Für die noch mögliche Waisenrentenbezugszeit der Beigeladenen zu 2) läßt sich derzeit auch der Bezug einer Vollwaisenrente aus der Versicherung der Mutter nicht ausschließen. Dabei wären die durch Beitragsentrichtung im Rahmen des Versorgungsausgleichs erworbenen Werteinheiten (anders als beim Splitting und Supersplitting) auch für die Berechnung der Vollwaisenrente zu berücksichtigen, weil § 83b Abs 3 AVG nicht auf § 83a Abs 4 Satz 5 AVG verweist (vgl. Verbandskommentar, § 1304b RVO, RdNr 9 S 12). Da der Kläger der Ärzteversorgung der Ärztekammer als Pflichtmitglied angehört, findet darüber hinaus die Kürzungsregelung des § 46 Abs 1 Satz 4 AVG Anwendung, wonach der in der Vollwaisenrente enthaltene Erhöhungsbetrag nur zur Hälfte zu gewähren ist.

Die (mögliche) monatliche Vollwaisenrente würde daher ab 1. Juli 1989 386,70 DM, zuzüglich möglicher Beitragszuschüsse (6,45 % von 386,70 DM) insgesamt 411,65 DM betragen. Die unschädliche Bezugsdauer der (nach § 46 Abs 1 Satz 4 AVG gekürzten) Vollwaisenrente beträgt $30.980,65 \text{ DM} : 411,65 \text{ DM} = 75,25...$

Mithin würde ein bis zu 75 Monaten dauernder Bezug der Vollwaisenrente den Grenzbetrag nicht überschreiten, also ein ab 1. Dezember 1989 noch möglicher Vollwaisenrentenbezug von 69 Monaten die unschädliche Vollwaisenrentenbezugsdauer von 75 Monaten um 6 Monate unterschreiten.

Die vorgenannten, auf der Rentenberechnung für 1989 beruhenden Feststellungen lassen sich ohne weiteres auch auf das Ende des Leistungsbezugs im Jahr 1995 übertragen, weil Grenzbetrag und Waisenrenten nach den gleichen Grundsätzen angepaßt werden (vgl. dazu Bergner, DRV 1983, S 215, 237; Schmeiduch in Soergel, aaO, § 7 VAHRG RdNr 14); bei der Halbwaisenrente ist der Kinderzuschuß-Erhöhungsbetrag sogar von jeder Anpassung ausgenommen, so daß sich insoweit eher eine Verschiebung zugunsten des Klägers ergibt. Der Senat hat deshalb keine Bedenken, aufgrund dieser nach derzeitigem Recht und unter Zugrundelegung der derzeitigen Berechnungsgrundlagen angestellten Beurteilung "ex ante" als feststehend zu erachten, daß aus dem durch die Beitragsaufwendungen begründeten Anrecht der verstorbenen Versicherten künftig keine höheren als die in § 4 Abs 2 VAHRG genannten Leistungen zu gewähren sind und demgemäß ein Rückzahlungsanspruch in einem Mindestumfang wahrscheinlich ist.

Vorläufigen Zahlungen auf der Grundlage einer Beurteilung "ex ante" kann vorliegend auch nicht entgegengehalten werden, daß § 7 VAHRG ua auch im Hinblick auf die Wahrung des Versicherungsschutzes der Hinterbliebenen auf abgeschlossene Sachverhalte zugeschnitten und deshalb auch hinsichtlich der Feststellung der Unterschreitung des Grenzbetrages grundsätzlich nur eine Beurteilung "ex post" zulässig sei. Entgegen der Meinung der Beklagten trifft es zunächst nicht zu, daß durch vorläufige Leistungen die



"Anspruchsgrundlage" für noch mögliche (und auf den Rückzahlungsanspruch anzurechnende) Waisenrentenbezüge entfielen und damit der Versicherungsschutz der Waisen geschwächt oder gar beseitigt würde. Denn mit der Gewährung vorläufiger Leistungen wird nicht schon die beanspruchte Rückzahlung - teilweise und vorzeitig gewährt, sondern lediglich vor der eigentlichen, dem Versicherungsträger obliegenden Leistung eine vorläufige Leistung erbracht, die ihrer Rechtsnatur nach etwas anderes ist als die endgültige Leistung. Das ist für die vergleichbaren vorschußweisen Zahlungen nach § 42 SGB I anerkannt und folgt dort schon daraus, daß der Vorschuß nach § 42 Abs 2 Satz 1 SGB I nach der Bewilligung der endgültigen Leistung auf die zustehende Leistung angerechnet wird, also dem Vorschußempfänger nicht als die teilweise zustehende Leistung verbleibt (vgl BSG SozR 1200 § 42 Nr 2 S 2; BSG Urteil vom 31. Mai 1989, aaO). Auch hinsichtlich der Rückabwicklung zu Unrecht gewährter Leistungen unterliegen der Vorschuß und die endgültige Leistung einem unterschiedlichen rechtlichen Schicksal (BSG aaO). Für die vorläufige Leistung nach § 130 SGG gilt nichts anderes (Bley, aaO, § 130 SGG Anm 6 b S 1200 mwN; Peters/Sautter/Wolff, Komm zum SGG, § 130 Anm 3 S II/172). Wird eine solche Leistung angeordnet, wird damit keine vorgezogene Teilleistung bzw Abschlagszahlung aus § 7 VAHRG gewährt und deshalb auch nicht die Beitragssumme gemindert, aus der der Beigeladenen zu 2) möglicherweise noch Leistungen zu gewähren sind. Vielmehr bleibt ihr Versicherungsschutz auch bei einer vorläufigen Leistung in vollem Umfang gewährt.

Schließlich kann die Beklagte auch nicht einwenden, daß sich auf der Grundlage des derzeitigen Rechts die Unterschreitung des Grenzbetrages nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen lasse, weil bis 1995 voraussichtlich das materielle Rentenversicherungsrecht einschließlich des Waisenrentenrechts geändert werde. Sind - wovon im Grundsatz auch die Beklagte ausgeht - jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art vorläufige Leistungen (Vorschüsse) im Hinblick auf einen gebotenen Nachteilsausgleich in Betracht zu ziehen, kann bei der dann anzustellenden Prüfung, ob gegenwärtig - zum Zeitpunkt der Entscheidung - bereits feststeht, daß keine höheren als die in § 4 Abs 2 VAHRG genannten Leistungen zu gewähren sind, grundsätzlich nur vom geltenden Recht ausgegangen werden, wobei mögliche Verbesserungen hinsichtlich der Höhe und der Bezugsdauer der Waisenrente ebenso vernachlässigt werden müssen wie mögliche Verschlechterungen (so auch Maier in Münchener Komm, 5. Band, 2. Aufl, § 7 VAHRG, RdNr 8 hinsichtlich möglicher Verschiebungen der Altersgrenzen). Das kann anders sein, wenn eine für die Frage einer möglichen Grenzbetragsüberschreitung erhebliche Rechtsänderung unmittelbar bevorsteht oder jedenfalls absehbar ist. Auch aufgrund des jetzt vorliegenden Gesetzentwurfs zum Rentenreformgesetz 1992 -RRG- (vgl BT-Drucks 11/4124) ist jedoch davon auszugehen, daß insoweit voraussichtlich keine entscheidungserheblichen Rechtsänderungen eintreten werden. Es bedarf hier keiner weiteren Erörterung, ob die Beklagte in dem späteren, das Grundurteil ausführenden Bescheid die Rückzahlung wegen Fehlers der vom Gericht angenommenen Grundvoraussetzungen ablehnen könnte (vgl



BSGE 13, 178, 181) und dementsprechend auch Erstattung der vorläufigen Leistung (entsprechend § 42 Abs 2 Satz 2 SGB I; vgl Bley, aaO, § 130 Anm 6 b mwN) verlangen könnte, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, daß entgegen der gerichtlichen Annahme ein Rückzahlungsanspruch auch nicht in der für wahrscheinlich erachteten Mindesthöhe besteht - etwa deshalb, weil die Beigeladene zu 2) aufgrund einer zwischenzeitlichen Rechtsänderung höhere als die in § 4 Abs 2 VAHRG genannten Leistungen in Anspruch genommen hätte. Denn da die Beigeladene zu 2) im Revisionsverfahren ausdrücklich erklärt hat, daß sie ihren Verzicht auf Waisenrente auch künftig für unwiderruflich ansehe, und im übrigen selbst für den Fall eines Widerrufs des Verzichts die Monatsgrenze der unschädlichen Waisenrentenbezugsdauer für die in erster Linie in Betracht zu ziehende Halbwaisenrente bereits um 32 Monate unterschritten wird, fehlt es auch im Hinblick auf eine etwaige Rechtsänderung durch das RRG 1992 nicht an der für den Erlaß eines Grundurteils erforderlichen begründeten Wahrscheinlichkeit, daß ein Rückzahlungsanspruch in einem Mindestumfang besteht. Schließlich könnte auch eine Änderung des auf den 31. Dezember 1994 in seiner Geltung befristeten § 7 VAHRG (§ 13 Abs 2 VAHRG) nicht zu Lasten des Leistenden, sondern allenfalls zu seinen Gunsten erfolgen, weil mit dem Ablauf dieser Frist der Grund für eine verfassungsrechtlich gebotene Härte- regelung keinesfalls entfallen wäre (vgl BSGE 64, 75, 78 = SozR 5795 § 4 Nr 6).

Als vorläufige Leistung hat der Senat im Rahmen seines richterlichen Ermessens einen Betrag in Höhe von 125.000,-- DM festgesetzt (§ 130 Satz 2 SGG). Dieser Betrag entspricht der Differenz zwischen den im Wege des Versorgungsausgleichs entrichteten Beiträgen und den noch möglichen Waisenrentenbezügen für die Beigeladene zu 2), wobei mögliche Erhöhungen der Waisenrentenbezüge aufgrund der jährlichen Rentenanpassungsgesetze (RAG) bis zum 31. August 1995 berücksichtigt worden sind. Hierbei ist der Senat davon ausgegangen, daß die Rentenerhöhungen seit dem 21. RAG vom 25. Juli 1978 durchschnittlich im Jahr bei etwa 4 % gelegen haben, und hat seiner Berechnung für die Zeit vom 1. Dezember 1989 bis zum 31. August 1995 sogar jährliche Rentenerhöhungen von 6 % zugrunde gelegt. Die möglichen Vollwaisenrentenbezüge für die Beigeladene zu 2) belaufen sich danach auf ca 33.600,-- DM, so daß sich bei einem Gesamtbetrag der Beitragsentrichtung in Höhe von 158.844,82 DM abzüglich ca 33.600,-- DM eine vorläufige Leistung von 125.000,-- DM ergibt.

Nach dem Ergebnis des Verfahrens erschien es angemessen, daß die Beklagte die außergerichtlichen Kosten des Klägers und der Beigeladenen zu 1) und 2) für das gesamte Verfahren übernimmt (§ 193 Abs 1 SGG).

