

Bundessozialgericht Im Namen des Volkes

Az.: 9 RV 758/70

U r t e i l

Verkündet am  
6. Juli 1972

in dem Rechtsstreit

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,  
Prozeßbevollmächtigte: .....,

g e g e n

.....,

Beklagter und Revisionskläger.

Der 9. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die  
mündliche Verhandlung vom 6. Juli 1972 hin durch

|                       |                         |     |
|-----------------------|-------------------------|-----|
| Senatspräsidentin     | Dr. S c h w a r z       |     |
|                       | -Vorsitzender-,         |     |
| Bundesrichter         | Dr. B a r e s e l ,     |     |
| Bundesrichter         | Dr. W u l f h o r s t , |     |
| Bundessozialrichter   | H a n c k e             | und |
| Bundessozialrichterin | K u n d e n r e i c h   |     |

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 22. Oktober 1970 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat der Klägerin die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.

- 2 -



**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

G r ü n d e :

Der Ehemann der Klägerin, Landwirt Wilhelm T. (T), war seit 1938 Hofeigentümer in Bischofssee (Posen). Seit August 1943 war er als Soldat an der Ostfront vermißt; im Januar 1961 wurde er für tot erklärt, als Todeszeitpunkt galt der 31. Dezember 1945. Die Klägerin war im Mai 1944 als Abwesenheitspfleger für T. zu dessen Vertretung in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten bestellt worden. Im Januar 1945 gelangte sie mit ihrem 1940 geborenen Sohn nach Westdeutschland. Nach einem 1968 ausgestellten Erbschein wurde T. von der Klägerin zu 1/4 und von dem Sohn zu 3/4 beerbt. Im November 1963 wurde ein Wohnhaus mit 2 Wohnungen fertig, das die Klägerin für rund 87.000,-- DM errichten ließ, der Einheitswert betrug 13.000,-- DM.

Die Klägerin, die seit 1951 Witwenrente nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) bezog, beantragte Anfang 1965 die Gewährung von Schadensausgleich nach § 40 a BVG. Mit Bescheid vom 29. August 1966 wurde ihr diese Leistung vom 1. Januar 1964 bis zum 31. Dezember 1964 endgültig und vom 1. Januar 1965 an vorläufig bewilligt; dabei wurde dem fiktiven Einkommen des T. die Besoldungsgruppe A 5 zugrunde gelegt, die Bruttoeinkünfte der Klägerin aus Hausbesitz wurden unter Abzug von 3 v.H. des Einheitswertes für Abnutzung angerechnet. Der Widerspruch, mit dem die Klägerin die Zugrundelegung der Besoldungsgruppe A 7 und hinsichtlich der Einkünfte aus Hausbesitz den Abzug von 3 v.H. der Herstellungskosten verlangte, wurde durch Bescheid vom 14. April 1967 zurückgewiesen: § 12 Abs. 6 Buchst. b Satz 3 der Durchführungsverordnung (DVO) zu § 33 BVG sei unanwendbar, weil nicht die Klägerin, sondern T. Eigentümer des

- 3 -



- 3 -

verlorengegangenen Wohngebäudes in Bischofssee gewesen sei, das von der Klägerin errichtete Haus also keinen Ersatzbau im Sinne dieser Bestimmung darstelle.

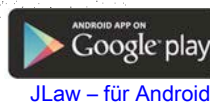
Die hiergegen erhobene Klage wurde hinsichtlich der Bemessung des fiktiven Einkommens durch Teilvergleich am 20. August 1968 erledigt, worin sich der Beklagte verpflichtete, der Klägerin mit Wirkung ab 1. Januar 1967 einen neuen Bescheid unter Einstufung des T. in die Besoldungsgruppe A 7 zur Berechnung des Schadensausgleichs zu erteilen. Am gleichen Tage hat das Sozialgericht (SG) Detmold den Beklagten unter Änderung der Bescheide vom 29. August 1966/14. April 1967 verurteilt, bei der Berechnung der Einkünfte aus Hausbesitz 3 v.H. der Herstellungskosten nach § 12 Abs. 6 Buchst. b Satz 3 DVO zu § 33 BVG abzusetzen.

Das Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen hat durch Urteil vom 22. Oktober 1970 die Berufung des Beklagten zurückgewiesen: Der Bescheid vom 29. August 1966 sei rechtswidrig, soweit durch ihn auf den Schadensausgleich Einkommen aus Hausbesitz ohne Heranziehung des § 12 Abs. 6 Buchst. b Satz 3 DVO zu § 33 BVG angerechnet wurde. Bei der Frage des Ersatzes eines in den Ostgebieten verlorenen Wohnhauses stünden nach der vom Bundessozialgericht (BSG) im Urteil vom 9. April 1970 (BVBl 1971, 27) vertretenen Auffassung wirtschaftliche Gesichtspunkte im Vordergrund. In Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung müsse für die Anwendbarkeit des § 12 Abs. 6 Buchst. b Satz 3 DVO die Nutzung des verlorengegangenen Grundstücks durch die Ehefrau als ausreichend erachtet werden. Die Abweichung im Sachverhalt sei unerheblich und rechtfertige kein anderes Ergebnis. Das LSG hat die Revision zugelassen.

Gegen das am 11. November 1970 zugestellte Urteil hat



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



- 4 -

der Beklagte am 8. Dezember 1970 Revision eingelegt und sie am 8. Januar 1971 folgendermaßen begründet: Der mit der Klage angefochtene Bescheid vom 29. August 1966 habe nach der Erteilung der Bescheide vom 23./24. September 1968 (endgültige Festsetzung des Schadensausgleichs für die Zeit 1. 1. 65/31. 12. 67) nur noch den der Klägerin für das Jahr 1964 zustehenden Schadensausgleich betroffen. Diese späteren Verwaltungsakte seien zwar nach §§ 96, 153 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden, gleichwohl habe das LSG zutreffend nur über den Bescheid vom 29. August 1966 entschieden, denn die Klägerin habe lediglich die Zurückweisung der Berufung, nicht aber außerdem die Änderung der späteren Verwaltungsakte beantragt. In der Sache selbst habe das LSG verkannt, daß der 8. Senat des BSG im Urteil vom 9. April 1970 (aaO) eine "dingliche Berechtigung" der Witwe an dem Hause zur Zeit des Verlustes vorausgesetzt habe. Die Klägerin habe nun ihren Ehemann erst an dessen Todestag (31. 12. 1945) beerben können, sei aber schon im Januar 1945 aus Bischofssee geflohen, mithin habe ihr im Zeitpunkt des tatsächlichen Verlustes an dem in Bischofssee gelegenen Haus keine dingliche Berechtigung zugestanden. Eine dingliche Berechtigung des Rechtsvorgängers reiche nicht aus. Als Ehefrau und Pflegerin des T. sei die Klägerin nur Fremdbesitzerin gewesen, mit der Errichtung des Neubaues 1963 habe sie nicht diese Rechtsstellung wiedererlangt, sondern sei Eigenbesitzerin geworden, deshalb würde in ihrem Fall die Vergünstigung des § 12 Abs. 6 Buchst. b Satz 3 DVO den Zweck verfehlen. Der Beklagte beantragt,

unter Änderung der vorinstanzlichen Urteile  
die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt

Zurückweisung der Revision.

- 5 -



- 5 -

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

## II

Die zulässige Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

Von Amts wegen hatte der Senat vorweg die Frage zu prüfen, ob die Berufung des Beklagten zulässig war (vgl. BSG 2, 225, 227; 2, 245, 253). Diese Frage ist zu bejahen. Von den gesetzlichen Tatbeständen des Berufungsausschlusses kommt hier die Vorschrift des § 148 Nr. 4 SGG in Betracht, wonach in Angelegenheiten der Kriegsopferversorgung die Berufung nicht zulässig ist, wenn sie die Höhe der Ausgleichsrente betrifft. Die mit der Klage angefochtenen Bescheide betrafen jedoch den Anspruch der Klägerin auf Gewährung von Schadensausgleich nach § 40 a BVG, wobei im Berufungsverfahren noch um die Berechnung des Brutto-Einkommens der Klägerin gemäß § 40 a Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 EVG i.V.m. § 12 Abs. 6 Buchst. b DVO zu § 33 BVG gestritten wurde. Ein solcher Versorgungsanspruch war allerdings in seiner frühesten Ausprägung (§ 41 Abs. 3 BVG i.d.F. des 1. Neuordnungsgesetzes -NOG- vom 27. Juni 1960) noch so eng mit der Ausgleichsrente der Witwe verknüpft, daß er einen Bestandteil dieser Rente darstellte und demgemäß die Anwendbarkeit des § 148 Nr. 4 SGG damals geboten erscheinen mußte (vgl. LSG Niedersachsen, Breithaupt 1965, 81; BSG Beschluß vom 15. 3. 1966 - 10 RV 882/65 -). Diese Rechtslage ist jedoch mit der durch das 2. NOG vom 21. Februar 1964 erfolgten Einfügung des § 40 a BVG, in dem der Schadensausgleich als selbständige Leistung neben

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

Grundrente (§ 40) und Ausgleichsrente (§ 41) geregelt ist (vgl. Wilke, BVG Kommentar, 3. Aufl., S. 350), so erheblich geändert worden, daß die frühere prozessuale Beurteilung als überholt anzusehen ist. Der Schadensausgleich für Witwen ist nunmehr - wenn auch noch in einer gewissen Beziehung zur Ausgleichsrente (§§ 40 a Abs. 1 Satz 2, 41 Abs. 1) - in einer besonderen Vorschrift geregelt, er besteht nicht mehr in einer gesetzlich normierten Erhöhung der Ausgleichsrente, sondern wird bis zu einer Höchstgrenze individuell berechnet; bei dieser Berechnung ist das Bruttoeinkommen der Witwe "zuzüglich der . . . . Ausgleichsrente" dem Einkommen des Ehemanns gegenüberzustellen, was erkennen läßt, daß das Gesetz selbst die Ausgleichsrente und den Schadensausgleich als voneinander unterschiedene Leistungen behandelt wissen will. Hieraus ergibt sich, daß die Berufung nicht nach § 148 Nr. 4 SGG ausgeschlossen ist, wenn sie die erstmalige Feststellung des Schadensausgleichs nach § 40 a BVG betrifft (vgl. LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 1966, 423; ebenso zum Berufsschadensausgleich nach § 30 Abs. 3 und 4 BVG: BSG Urteil vom 13. 1. 1966, Breithaupt 1966, 887 = BVBl 1966, 109).

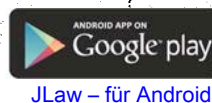
Die Vorinstanzen haben den Standpunkt vertreten, es handele sich bei dem Wohnhaus, das die Klägerin 1963 errichten ließ, um einen Ersatzbau für das im Zusammenhang mit Ereignissen des zweiten Weltkriegs verlorengegangene Wohngebäude in Bischofssee. Deshalb ist der Beklagte verurteilt worden, "bei der Berechnung der Einkünfte aus Haus- und Grundbesitz 3 v.H. der Herstellungskosten nach § 12 Abs. 6 Buchst. b Satz 3 DVO zu § 33 BVG abzusetzen." - Ob diese Verurteilung sich nur unmittelbar auf das eigentliche Bruttoeinkommen der Klägerin aus Hausbesitz - §§ 40 a Abs. 4, 30 Abs. 7 Buchst. c BVG - oder auch mittelbar auf die "zuzüglich"

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 7 -

als Rechnungsposten einzusetzende Ausgleichsrente - §§ 40 a Abs. 2, 41 Abs. 3, 33 BVG - beziehen sollte, erscheint nach den Gründen der vorinstanzlichen Urteile zweifelhaft; da jedoch die Beteiligten sich hierzu weder im Berufungs- noch im Revisionsverfahren geäußert haben, sieht der Senat von einer Erörterung dieser Frage ab, zumal da er das Verbot der reformatio in peius zu beachten hat. - Der Beklagte macht gegen die Auffassung der Vorinstanzen geltend, es sei nur ein Abzug in Höhe von 3 v.H. des Einheitswertes (13.000,-- DM) gemäß § 12 Abs. 6 Buchst. b Satz 1 DVO zu § 33 BVG gerechtfertigt, da ein Ersatzbau im Sinne von Satz 3 dieser Bestimmung nicht vorliege.

Für beide Auffassungen ist auf das Urteil des 8. Senats des BSG vom 9. April 1970 (BVBl 1971, 27) Bezug genommen worden, dessen Darlegungen vom LSG in erweiterndem Sinne, vom Beklagten hingegen einengend interpretiert werden. Der erkennende Senat pflichtet der Auffassung des LSG bei und sieht ebenfalls die Abweichung im Sachverhalt gegenüber dem vom 8. Senat entschiedenen Fall nicht als rechtserheblich an.

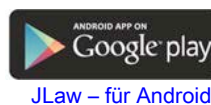
Die Abweichung besteht darin, daß hier die Klägerin bereits im Januar 1945 aus Bischofssee flüchten mußte, in dem - fiktiven - Zeitpunkt des Todes ihres Ehemannes (31. 12. 1945, vgl. Art. 2 § 2 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Verschollenheitsrechts vom 15. 1. 1951 - VerschollenhÄndG - BGBl I 59) sich somit nicht als dinglich berechtigte Miterbin im verlorengegangenen Haus befunden hat, während in dem vom 8. Senat entschiedenen Fall, wo der verschollene Ehemann gleichfalls mit der zeitlichen Wirkung gemäß Art. 2 § 2 Abs. 3 Satz 1 VerschollenhÄndG für tot erklärt wurde, die Witwe erst im Jahre 1946 aus

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 8 -



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



- 8 -

Schlesien nach Westdeutschland gelangt war; diese Witwe hatte also noch kurz vor ihrer Vertreibung als Miterbin das Eigentum an dem sodann verlorengegangenen Haus erworben; dabei erscheint es freilich schon fragwürdig, ob ihr wohl eine praktische Ausübung dieser dinglichen Teilberechtigung unter den damals im russisch besetzten Schlesien gegebenen Verhältnissen überhaupt in nennenswertem Ausmaß möglich gewesen ist. Davon abgesehen wird das für das Wirksamwerden einer Todeserklärung nach Art. 2 § 2 Abs. 3 Satz 1 VerschollenhÄndG maßgebende Jahresende 1945 in seiner Brauchbarkeit als Stichtag für die Beurteilung von Tatbeständen der hier gegebenen Art auch noch dadurch beeinträchtigt, daß es von Zufälligkeiten abhängen kann, ob statt des 31. Dezember 1945 ein als wahrscheinlich ermittelter früherer Todeszeitpunkt festgestellt wird (vgl. Art. 2 § 2 Abs. 2 VerschollenhÄndG).

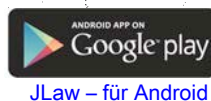
Die Entscheidung des 8. Senats vom 9. April 1970 (aaO) hat zwar die damals gegebene Fallgestaltung berücksichtigt; ausschlaggebend beruht sie indessen wohl nicht hierauf, sondern auf allgemeineren Erwägungen über den Zweck der in § 12 Abs. 6 DVO zu § 33 BVG getroffenen Regelungen, denen auch der erkennende Senat beipflichtet. Danach ist dem Begriff "Ersatzbau" zu entnehmen, daß bei demjenigen, der diesen Bau errichtet hat und nun die Vergünstigung des § 12 Abs. 6 Buchst. b Satz 3 DVO zu § 33 BVG beansprucht, eine enge rechtliche Bindung zu dem durch Kriegsergebnisse verlorenen Haus vorliegen muß; folglich muß dem Versorgungsberechtigten oder seinem Ehegatten als dem unmittelbaren Rechtsvorgänger im Zeitpunkt des Verlustes eine dingliche Berechtigung an dem zu ersetzenden Haus zugestanden haben; dabei ist es hinsichtlich der Ehefrau und späteren Erbin

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 9 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

des Hauseigentümers bedeutsam, daß sie kraft ihrer familierrechtlichen Beziehung in der Regel an der Vermögensposition des Ehemannes beteiligt war und ein gemeinsam bewohntes Haus auch ohne formellen Eigentumsanteil mitgenutzt hat. Dieser Tatbestand kann dem vom Beklagten angeführten Beispiel, daß im Vertreibungsgebiet lediglich eine Mietwohnung verlorengegangen war, sicherlich nicht gleichgesetzt werden. Unter diesen Aspekten betrachtet, erscheint es nicht zweifelhaft, daß die Klägerin zu dem in Bischofssee verlorengegangenem Haus in hinreichend engen rechtlichen Beziehungen gestanden hat, zumal da sie - neben dem zur Zeit der Vertreibung erst 5 Jahre alten Sohn - einzige Erbin des T. war und im Mai 1944 - also noch vor der Vertreibung - als Abwesenheitspflegerin für T. zur Wahrnehmung auch der Rechte und Pflichten aus dem Hauseigentum berufen wurde. Diese rechtlichen Beziehungen hat der Beklagte mit seiner einengenden Auslegung des § 12 Abs. 6 DVO zu § 33 BVG verkannt. Deshalb ist der Bescheid vom 29. August 1966 zu Recht im Sinne des Klagbegehrens geändert worden. Die Revision des Beklagten ist somit unbegründet und muß zurückgewiesen werden (§ 170 Abs. 1 Satz 1 SGG).

Die Rechtmäßigkeit der während des Berufungsverfahrens erteilten Bescheide vom 23. und 24. September 1968 hat das LSG nicht geprüft, obwohl diese Bescheide gemäß §§ 95, 153 SGG Gegenstand des Verfahrens geworden waren und einer Entscheidung des LSG als erste Instanz (vgl. BSG 18, 231, 234; BSG Urteil vom 7. 12. 1965, BVBl 1966 Seite 66) bedurft hätten. Diese Unterlassung, die mit einer mangelnden Einwirkung des LSG auf die Beteiligten zur Stellung sachdienlicher Anträge (§ 106 Abs. 1, § 112 Abs. 2 SGG) zusammenhängt, kann vom er-

- 10 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

kennenden Senat nicht berücksichtigt werden, da entsprechende Rügen (§ 162 Abs. 1 Nr. 2 SGG) im Revisionsverfahren nicht erhoben worden sind. Es muß den Beteiligten überlassen bleiben, ob sie sich insoweit außergerichtlich einigen können oder ob das zur Zeit noch anhängige Verfahren vor dem LSG fortzusetzen ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.



**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)