

Eidgenössisches Versicherungsgericht  
Tribunal fédéral des assurances  
Tribunale federale delle assicurazioni  
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung des Bundesgerichts

Prozess  
{T 7}  
P 66/01

Urteil vom 17. Januar 2003  
III. Kammer

Besetzung  
Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und nebenamtlicher Richter Meyer; Gerichtsschreiber Jancar

Parteien  
Erbengemeinschaft in Sachen H. \_\_\_\_\_, geboren 1920, gestorben am 29. April 2002, bestehend aus:

1. A. \_\_\_\_\_,
2. B. \_\_\_\_\_,
3. C. \_\_\_\_\_,
4. D. \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer, alle vertreten durch Fürsprecher  
Hans Peter Aeberhard, Frohbergweg 14, 3012 Bern,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Bern, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern, Beschwerdegegnerin,

Vorinstanz  
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 16. August 2001)

Sachverhalt:

A.

Am 11. September 2000 meldete sich die 1920 geborene und seit 31. Juli 1966 verwitwete H. \_\_\_\_\_, die seit Anfang Mai 2000 in einem Pflegeheim wohnte, zum Bezug einer Ergänzungsleistung (EL) zur AHV/IV an. Mit Verfügung vom 2. November 2000 sprach die Ausgleichskasse des Kantons Bern der Versicherten monatliche Ergänzungsleistungen von Fr. 1'110.-- ab 1. Januar bis 30. April 2000 und von Fr. 422.-- ab 1. Mai 2000 zu. Bei der Berechnung der Ergänzungsleistungen ging die Ausgleichskasse davon aus, dass die Versicherte als Miterbin mit einem Viertel an einer unverteilter Erbschaft, bestehend aus einer Liegenschaft in X. \_\_\_\_\_ mit einem amtlichen Wert von Fr. 243'600.-- und einer hypothekarischen Belastung von Fr. 45'000.-- beteiligt war, was sie bei der Ermittlung des anrechenbaren Vermögens entsprechend berücksichtigte. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2000 sprach die AHV-Ausgleichskasse Chemie H. \_\_\_\_\_ mit Wirkung ab 1. März 2000 eine Hilflosenentschädigung von Fr. 804.-- zu.

B.

Am 4. Dezember 2000 erhob H. \_\_\_\_\_ beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde gegen die Verfügung vom 2. November 2000 und verlangte die Neufestsetzung des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen ab 1. Januar 2000 unter Verzicht auf Anrechnung von Einkommen aus anrechenbarem Vermögen. Nachdem die Ausgleichskasse in der Beschwerdeantwort vom 12. Januar 2001 die Herabsetzung der zugesprochenen Ergänzungsleistungen beantragt hatte, weil in der angefochtenen Verfügung ein zu tiefes Vermögen berücksichtigt worden sei, erliess sie die Verfügung vom 8. März 2001, in der sie die Ergänzungsleistungen für das Jahr 2000 aufgrund der rückwirkend zugesprochenen Hilflosenentschädigung neu berechnete. Für die Zeit vom 1. Januar bis 30. April 2000 legte die Ausgleichskasse die monatlichen Ergänzungsleistungen neu auf Fr. 306.-- fest, verneinte einen Leistungsanspruch ab 1. Mai 2000 und forderte zu Unrecht ausbezahlte Leistungen

im Umfang von Fr. 6'115.-- zurück.

Mit Entscheid vom 16. August 2001 erwog das Verwaltungsgericht des Kantons Bern, dass die Verfügung vom 8. März 2001 keine Rechtswirkungen entfalte, da sie zu Ungunsten der Versicherten ausgefallen sei und ihr deshalb lediglich die Bedeutung eines Antrags an das Gericht zukomme. Der Versicherten sei im Beschwerdeverfahren die ihr drohende Schlechterstellung angezeigt und die Möglichkeit zum Beschwerderückzug geboten worden, worauf sie nicht reagiert habe. In der Sache stellte das Gericht im Wesentlichen fest, dass die Versicherte aus Güter- und Erbrecht insgesamt zur Hälfte und nicht nur zu einem Viertel an der Liegenschaft berechtigt sei und lehnte es ab, bei der Vermögensrechnung einen Anspruch der Miterben auf eine Herausschuld für Nutzniessung zu berücksichtigen. Da zudem die rückwirkend ab 1. März 2000 ausgerichtete Hilflosenentschädigung sowie weitere Veränderungen in den tatsächlichen Verhältnissen zu berücksichtigen seien, sei die Sache zur Neuberechnung der Ergänzungsleistungen ab 1. Januar 2000 an die Ausgleichskasse zurückzuweisen. Im Hinblick darauf, dass aus der Neuberechnung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Rückforderung resultieren werde, prüfte und bejahte das Gericht im Ergebnis die Voraussetzungen für eine allfällige Rückforderung unrechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen. Das kantonale Gericht hob deshalb die Verfügung vom 2. November 2000 auf und erklärte die "Revisionsverfügung" vom 8. März 2001 für nichtig und überwies die Akten an die Ausgleichskasse zur Neuberechnung der Ergänzungsleistungen und der daraus resultierenden Rückforderung im Sinne der Erwägungen.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. Oktober 2001 beantragte H.\_\_\_\_\_, der kantonale Entscheid sei aufzuheben und die Ausgleichskasse sei anzuweisen, ihren Anspruch auf Ergänzungsleistungen neu festzusetzen, unter Verzicht auf die Berücksichtigung von Einkommen aus anrechenbarem Vermögen.

Die Ausgleichskasse schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

D.

H.\_\_\_\_\_ verstarb am 29. April 2002. Die vier Kinder A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sind die gesetzlichen Erben der Verstorbenen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Bereich des Verfahrens und der Ergänzungsleistungen geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1), und weil ferner das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 2. November 2000) eingetretenen Sachverhalt abstellt (BGE 121 V 366 Erw. 1b), sind im vorliegenden Fall die neuen Bestimmungen nicht anwendbar.

2.

Stirbt eine Partei im Laufe des Verfahrens, treten die Erben (Art. 560 ff. ZGB) ohne weiteres als Partei in den Prozess ein, wobei der Erbschaftserwerb bis zur Erklärung der Annahme oder bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist resolutiv bedingt ist (ESCHER, Zürcher Kommentar, N 6 f. Vorbemerkungen zu Art. 560 ZGB). Die Erbenstellung wird somit erst nach der ausdrücklichen Annahme der Erbschaft oder nach unbenütztem Ablauf der Ausschlagungsfrist definitiv. Dementsprechend bestimmt Art. 6 BZP (anwendbar nach Art. 40 in Verbindung mit Art. 135 OG), dass das Verfahren bei Tod einer Partei ruht (Abs. 2) und erst fortzusetzen ist, wenn die Erbschaft nicht mehr ausgeschlagen werden kann bzw. die Erbenstellung definitiv geworden ist (vgl. auch VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 5. Auflage, Bern 1997, N 94 S. 149).

Auf Grund der notariellen Erbgangsbescheinigung vom 15. August 2002 steht fest, dass A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ gesetzliche Erben der verstorbenen Beschwerdeführerin sind und damit sowie in Anbetracht der Bevollmächtigung ihres Rechtsvertreters ohne weiteres als Beschwerdeführer in den hängigen Prozess eintreten, der nunmehr fortzusetzen ist.

## 3.

3.1 Gemäss Art. 58 VwVG und der dazu ergangenen Rechtsprechung (SVR 1996 IV Nr. 93 S. 283 Erw. 4b/aa; ZAK 1992 S. 117 Erw. 5a mit Hinweisen) kann die Verwaltung bis zu ihrer Vernehmlassung an die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen (Abs. 1). Sie eröffnet eine neue Verfügung ohne Verzug den Parteien und bringt sie der Beschwerdeinstanz zur Kenntnis (Abs. 2). Diese setzt die Behandlung der Beschwerde fort, soweit sie durch die neue Verfügung der Vorinstanz nicht gegenstandslos geworden ist (Abs. 3 Satz 1). Diese Bestimmung findet nach Massgabe von Art. 1 Abs. 3 VwVG auf das Verfahren letzter kantonaler Instanzen zwar grundsätzlich keine Anwendung. Es ist indessen nicht bundesrechtswidrig, wenn die Kantone auf Grund von ausdrücklichen prozessualen Vorschriften oder einer sinn gemässen Praxis ein dem Art. 58 VwVG entsprechendes Verfahren vorsehen (BGE 103 V 109 Erw. 2a). Dabei haben die Kantone bei Anwendung eines solchen Verfahrens nicht nur nach Abs. 1, sondern auch in sinngemässer Anwendung der Abs. 2 und 3 von Art. 58 VwVG vorzugehen (ZAK 1992 S. 117 Erw. 5a, 1989 S. 310 Erw. 2a, 1986 S. 304 Erw. 5b mit Hinweisen; nicht veröffentlichtes Urteil B. vom 17. November 1998, I 337/98). Nach der

Rechtsprechung beendet eine lite pendente erlassene Verfügung den Streit nur insoweit, als sie den Anträgen der Beschwerde führenden Partei entspricht. Soweit diesen nicht stattgegeben wurde, besteht der Rechtsstreit weiter. Diesfalls muss die Beschwerdeinstanz auf die Sache eintreten, ohne dass die Beschwerdeführer die zweite Verfügung anzufechten brauchen (BGE 113 V 237, 107 V 250). Ist mit der nach Rechtshängigkeit erlassenen Verfügung eine Schlechterstellung (reformatio in peius) der Versicherten verbunden, kommt dieser lediglich der Charakter eines Antrages an das Gericht zu (AHI 1994 S. 271 Erw. 4a; ZAK 1992 S. 117 Erw. 5a; erwähntes Urteil B., je mit Hinweisen). In einem solchen Fall ist den Beschwerdeführern Gelegenheit zu geben, sich vorgängig zu äussern. Für die Versicherten bedeutet dies zweierlei: Sie sind befugt, der Beschwerdeinstanz die ihrer Auffassung nach gegen eine reformatio in peius sprechenden Gründe vorzutragen. Sodann sind sie berechtigt, die Beschwerde zurückzuziehen, um den nachteiligen Folgen einer Schlechterstellung zu entgehen (BGE 107 V 246; ZAK 1992 S. 118 Erw. 5b). Zu ergänzen ist, dass lite pendente erlassene Verfügungen, denen bloss der Charakter eines Antrages an ein Gericht zukommt, von der Rechtsprechung als nichtige Verfügungen betrachtet werden. Dies gilt sowohl für Verwaltungsakte, die mit einer Schlechterstellung der Versicherten verbunden sind (erwähntes Urteil B.; nicht veröffentlichte Urteile M. vom 24. Januar 1995, C 271/94, Erw. 3b, und P. vom 21. März 1985, C 131/83, Erw. 3a), als auch für jene, die erst nach Einreichung der Vernehmlassung lite pendente getroffen werden (RKUV 1989 Nr. U 80 S. 379 Erw. 1; vgl. auch BGE 109 V 236 Erw. 2).

3.2 Die Rechtsprechung betrachtet eine nach der Vernehmlassung lite pendente erlassene Verfügung deswegen als nichtig und versteht sie bloss als Antrag an das Gericht, weil die Verwaltung in diesem Verfahrens stadium keine Verfügungsgewalt mehr hat (d.h. funktionell nicht mehr zuständig ist). Die absolute Geltung des Devolutiveffekts der Beschwerde ist durch Art. 58 VwVG nur in dem Sinne durchbrochen, dass seine Wirkung (bloss) bis zur Einreichung der vorinstanzlichen Vernehmlassung hinausgeschoben wird (erwähntes Urteil B.; nicht veröffentlichtes Urteil A. vom 16. Februar 1995, I 291/94, Erw. 2b; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 189 f.). Etwas anders, aber im Ergebnis gleich verhält es sich im Falle einer - auch rechtzeitig vor der Vernehmlassung - lite pendente angeordneten Schlechterstellung. Da eine solche zwingend die Gewährung des rechtlichen Gehörs durch die Beschwerdeinstanz voraussetzt (Art. 85 Abs. 2 lit. d AHVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 ELG; ferner Art. 62 Abs. 3 VwVG), ist es ausgeschlossen, dass diese Rechtsfolge noch von der Verwaltung im Rahmen einer lite pendente-Verfügung rechtsgültig angeordnet werden kann, ansonsten der Gehörsanspruch unterlaufen würde. Deshalb ist auch diese

Verfügung nichtig und kann nur als Antrag an das Gericht verstanden werden, seinerseits eine reformatio in peius vorzunehmen, falls die bedrohte Partei einem solchen Ergebnis nicht mit dem Beschwerderückzug zuvorkommt (ZAK 1992 S. 117 f. Erw. 5b.; erwähntes Urteil B.).

## 4.

4.1 Im vorliegenden Fall hat die Versicherte mit der gegen die Verfügung vom 2. November 2000 eingereichten Beschwerde verlangt, es sei der Anspruch auf Ergänzungsleistungen ab 1. Januar 2000 unter Verzicht auf Anrechnung von Einkommen aus anrechenbarem Vermögen neu festzusetzen. Die Verfügung vom 8. März 2001, mit der erneut über den Anspruch auf Ergänzungsleistungen für das Jahr 2000 und neu für das Jahr 2001 entschieden wurde, betraf das gleiche Rechtsverhältnis und verschlechterte die Rechtsstellung der Versicherten, weshalb diese Verfügung insgesamt als nichtig und bloss als Antrag an die Vorinstanz zu betrachten ist. Dabei spielt es entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin keine Rolle, ob ein Revisionsgrund gegeben war, denn mit der Einreichung der Beschwerde geht auf Grund des Devolutiveffekts die Zuständigkeit zur Überprüfung und

Beurteilung des Rechtsverhältnisses, welches Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, auf die Beschwerdeinstanz über (ROGER HISCHIER, Die Wiedererwägung pendente lite im Sozialversicherungsrecht oder die Möglichkeit der späten Einsicht, in: SZS 1997 S. 448 f.), die bei ihrem Entscheid eingetretene Wiedererwägungs- und Revisionsgründe berücksichtigen kann. Die Vorinstanz hat deshalb zu

Recht die Verfügung vom 8. März 2001 als nichtig erklärt und als Antrag auf reformatio in peius betrachtet. Das kantonale Gericht musste daher der Versicherten das rechtliche Gehör gewähren und sie ausdrücklich auf die Möglichkeit des Beschwerderückzugs hinweisen (BGE 122 V 167 Erw. 2b), was unbestrittenermassen geschehen ist.

4.2 Obwohl der pendente lite erlassenen Verfügung vom 8. März 2001 prozessual lediglich die Bedeutung eines Antrages an das Gericht zukommt, können ihr doch materielle, d.h. verwirkungsmässige Rechtsfolgen zukommen, indem die einjährige Verwirkungsfrist bezüglich eines Rückforderungsanspruchs durch den Antrag an die Rechtsmittelinstanz gewahrt wird (AHI 1998 S. 293, 1994 S. 270).

5.

5.1 Das kantonale Gericht hat die Voraussetzungen, unter denen AHV-Rentenbezüger Anspruch auf eine Ergänzungsleistung haben (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2a lit. a ELG) sowie die Bestimmungen über das anrechenbare Vermögen, dessen Ertrag und über den Vermögensverzehr (Art. 3c Abs. 1 lit. a c ELG) zutreffend dargestellt. Darauf kann verwiesen werden. Ergänzend ist auf Art. 18 ELV hinzuweisen, wonach, solange der überlebende Ehegatte von seinem Wahlrecht am Nachlass des vor dem 1. Januar 1998 verstorbenen Ehegatten keinen Gebrauch macht, ein Viertel des Nachlasses ihm und drei Viertel desselben zu gleichen Teilen den Kindern als Vermögen angerechnet werden.

5.2 Die Parteien sind sich einzig hinsichtlich der Vermögensverhältnisse der Versicherten nicht einig.

5.2.1 Die Beschwerdegegnerin war im Rahmen der Verfügung vom 2. November 2000 davon ausgegangen, dass die Versicherte als Miterbin mit einem Viertel an einer unverteilter Erbschaft, bestehend aus einer Liegenschaft in X. \_\_\_\_\_, beteiligt war. Im vorinstanzlichen Verfahren beantragte sie zusätzlich die Berücksichtigung eines güterrechtlichen Anspruchs auf einen weiteren Viertel der Liegenschaft. Diese Berechnungsweise, wonach die Versicherte zu einem Zweitel an der Liegenschaft beteiligt sei und sich den entsprechenden Wert als Vermögen anrechnen lassen müsse, wurde und wird von der Versicherten und den Beschwerdeführern in dem Sinne beanstandet, dass damit den häufig vorkommenden fortgesetzten Erbengemeinschaften zwischen überlebendem Elternteil und den Kindern nicht Rechnung getragen werde. Wie bei unbelasteten Familienverhältnissen üblich, habe die Versicherte nach dem Tod des Ehemannes im gemeinsamen Hause weiter leben können, ohne dass die Kinder ihren Anteil heraus verlangt hätten oder sich für dessen Nutzung hätten entschädigen lassen, unbeschrieben von der Ausübung des Wahlrechts. Die faktische Nutzniessung an der gemeinschaftlichen Liegenschaft sei mit dem altersbedingten Auszug der Versicherten beendet worden, und auf

diesen Zeitpunkt sei zwischen den Beteiligten abzurechnen und zwar unter Anrechnung des bezogenen Nutzens, bei dem es sich rechtlich um Mietzinsforderungen von Fr. 117'250.-- handle. Diese "Herausschuld" müsse bei der Vermögensrechnung berücksichtigt werden.

5.2.2 Der Ehemann der Versicherten ist am 31. Juli 1966 verstorben und die einzig aus der Liegenschaft in X. \_\_\_\_\_ bestehende Erbschaft blieb unverteilt. Der Erbfall ereignete sich also noch unter dem alten, bis zum 31. Dezember 1987 geltenden Ehegüter- und Erbrecht. Nach Art. 9a sowie Art. 15 SchIT/ZGB richten sich die güterrechtliche Auseinandersetzung und die erbrechtlichen Verhältnisse nach dem im Zeitpunkt des Todes geltenden Recht (TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, S. 342 und 562). Zum ehelichen Vermögen gehörte einzig die fragliche Liegenschaft, weshalb die Versicherte gemäss Art. 214 Abs. 1 aZGB daran zu einem Drittel berechtigt war. Aus Erbrecht hatte die Versicherte als überlebender Ehegatte gemäss Art. 462 Abs. 1 aZGB das Wahlrecht, entweder die Hälfte der Erbschaft zur Nutzniessung oder den Viertel zu Eigentum zu beanspruchen. Aus dem Umstand, dass sich die Versicherte am 22. April 1968 als Gesamteigentümerin der Liegenschaft im Grundbuch eintragen liess, schloss die Vorinstanz, dass sie das Eigentumsviertel gewählt habe und unter Berücksichtigung des güterrechtlichen Anspruchs zur Hälfte an der Liegenschaft berechtigt sei. Die geltend gemachte Herausschuld für

Nutzniessung sei nicht belegt und könne nicht berücksichtigt werden; vielmehr sei von der Einräumung einer zinsfreien Nutzung auszugehen.

5.2.3 Zunächst ist darüber zu befinden, ob die Versicherte am 22. April 1968 am Nachlass ihres Ehemannes Gesamteigentum (Art. 560 und Art. 602 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 652 ff. ZGB) oder

Nutzniessung (Art. 745 ff. ZGB) erworben hat oder ob auf Grund der Nichtausübung des Wahlrechts weiterhin ein Schwebezustand bestand, während dessen die Stellung der Ehegattin noch unklar ist (CHRISTOPH WILDISEN, Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Diss. Freiburg 1997, S. 279).

Die Versicherte verhielt sich insofern widersprüchlich, als sie sich durch das Grundbucheintragungsgesuch vom 22. April 1968 als Gesamteigentümerin der Liegenschaft eintragen liess, sich im Übrigen aber faktisch wie eine Nutzniesserin verhielt, d.h. für den Unterhalt der Liegenschaft aufkam und die Hypothekarzinsen zahlte, und dies gegenüber den Steuerbehörden entsprechend deklarierte. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des Vertreters der Beschwerdeführer im zuhanden der Erbengemeinschaft erstellten Bericht über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Versicherten vom 23. Juli 2000 kommt der Anmeldung beim Grundbuchamt keine entscheidende Bedeutung zu: Bei der Grundbuchanmeldung gingen die Beteiligten offenbar in sinngemässer Anwendung von Art. 462 aZGB vom Schwebezustand infolge Nichtausübung des Wahlrechts aus. Während dieses Schwebezustands kann die wahlberechtigte Ehegattin durchaus als Miterbin betrachtet werden (TUOR/PICENONI, Berner Kommentar, 2. Aufl., N 1 f. zu Art. 561 aZGB; PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Band IV, 1. Halbband: Erbrecht, Basel, Stuttgart 1978, S. 58; BERNHARD SCHNYDER, Leitsätze bei der Beurteilung von Rechtsfragen der gesetzlichen erbrechtlichen Nutzniessung, in: RUMO-JUNGO/SCHMID/GAUCH [Hrsg.], Das ZGB lehren, Freiburg 2001, S. 496, der die Ehegattin auch dann noch als in einem weiteren Sinn als gesetzliche Erbin bezeichnet, wenn sie bereits Nutzniessung gewählt hat). Die Tatsache, dass die gesetzlichen Erben als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind, spricht mithin nicht dagegen, dass die Versicherte erbrechtliche Nutzniesserin war oder der Schwebezustand andauerte. Tatsächlich könnte aus dem Verhalten der Versicherten, welche die Liegenschaft seit 1966 genutzt und versteuert sowie die Hypothekarschulden bezahlt hat und für den Unterhalt aufgekommen ist, auf eine konkludente Wahl des Eigentums geschlossen werden. Diesem Schluss steht indessen entgegen, dass keine Erteilung stattgefunden hat und die Erben übereinstimmend von einer unverteilter Erbschaft ausgingen, die der Versicherten lediglich faktisch zur unentgeltlichen Nutzniessung überlassen worden war. Für diesen unter dem früheren Ehegüter- und Erbrecht häufig vorkommenden Fall, in dem die Erbschaft unverteilt bleibt und die Kinder den ganzen Nachlass dem überlebenden Ehegatten faktisch zur Nutzniessung überlassen, kommt Art. 18 ELV zur Anwendung: Bis zur Ausübung des Wahlrechts durch den überlebenden Ehegatten ist bei der EL-Berechnung der Nachlass zu einem Viertel dem überlebenden Ehegatten und zu drei Vierteln den Kindern als Vermögen anzurechnen (STEFAN WERLEN, Der Anspruch auf Ergänzungsleistungen und deren Berechnung, Diss. Fribourg 1995, S. 105). Davon ist auch in diesem Fall auszugehen, was allerdings im Ergebnis nichts daran ändert, dass der Versicherten bei der Berechnung des Ergänzungsleistungsanspruchs - jedenfalls bis zur Ausübung des Wahlrechts im Sinne der Nutzniessung - die Hälfte des Nachlasses als Vermögen anzurechnen ist (ein Drittel aus Güterrecht sowie ein Viertel der unverteilter Erbschaft). Insofern ist der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis zu stützen.

5.2.4 Zu prüfen bleibt, ob bei der Vermögensrechnung für die faktische Nutzung der Liegenschaft eine "Herausschuld" zu berücksichtigen ist. Dies ist zu verneinen. Wie die Beschwerdeführer selbst einräumen, haben sie der Versicherten die unverteilter Erbschaft bzw. die Liegenschaft faktisch zur unentgeltlichen Nutzniessung überlassen. Der Nutzniesser hat das Recht auf Besitz, den Gebrauch und die Nutzung der Sache. Er besorgt die Verwaltung, wobei er nach den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft zu verfahren hat (Art. 755 ZGB). Früchte und Zinse gehören dem Nutzniesser (Art. 756 f. ZGB). Er hat den Gegenstand in seinem Bestande zu erhalten und Ausbesserungen und Erneuerungen, die zum gewöhnlichen Unterhalt gehören, von sich aus vorzunehmen (Art. 764 Abs. 1 ZGB). Die Auslagen für den gewöhnlichen Unterhalt und die Bewirtschaftung der Sache, die Zinse für die darauf haftenden Kapitalschulden sowie die Steuern und Abgaben trägt im Verhältnis zur Dauer seiner Berechtigung der Nutzniesser (Art. 765 ZGB). Die Versicherte hat sich denn auch wie eine Nutzniesserin verhalten, d.h. sie hat die Liegenschaft seit 1966 genutzt und versteuert, hat die Hypothekarzinse bezahlt und ist für den Unterhalt aufgekommen. Eine Pflicht zur Leistung einer zusätzlichen Entschädigung für die faktische Nutzung traf die Versicherte nicht und wurde nicht verabredet. Eine solche Entschädigungsvereinbarung wird von den Beschwerdeführern auch nicht ernsthaft behauptet, geschweige denn belegt. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Wenn die Beschwerdeführer die geltend gemachte "Herausschuld" im Beschwerdeverfahren rechtlich neu als Mietzinsforderung bezeichnen, so ist diese Auffassung ebenfalls zu verwerfen, denn auch ein Mietverhältnis ist weder belegt noch auf Grund des Verhaltens der Beteiligten und der konkreten Umstände anzunehmen.

Dem Einwand der Beschwerdeführer, wonach bei einer Nichtausgleichung der faktischen Nutzung die öffentliche Hand zu Lasten der Miterben entlastet werde, ist entgegen zu halten, dass solchen den

Erbspruch übersteigenden Zuwendungen von Miterben (Nachkommen) aus der Erbschaft der Charakter einer Verwandtenunterstützung gemäss den Artikeln 328 ff. ZGB zugesprochen werden kann, die bei der Berechnung des Ergänzungsleistungsanspruchs gemäss Art. 3c Abs. 2 lit. a ELG nicht als Einnahmen anzurechnen sind (BGE 105 V 71). Während der Dauer der freiwilligen Nutzniessung führt diese Geste demnach zur von den Miterben beabsichtigten Besserstellung der Bedachten. Hingegen bleibt kein Raum dafür, diese Zuwendungen nachträglich ohne Vorliegen eines Rechtstitels in Forderungen umzudeuten und bei der EL-Berechnung als Schulden zu berücksichtigen.

6.

Die Beschwerdeführer bestreiten nicht, dass auf Grund der Veränderungen in der Pflegesituation der Versicherten (Hilflosenentschädigung, Pflögetaxe) eine Neuberechnung der Ergänzungsleistungen vorzunehmen ist, wie dies die Vorinstanz angeordnet hat. Diesbezüglich kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

Auch bezüglich der aus der Neuberechnung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit resultierenden Rückforderung und der Voraussetzungen der Wiedererwägung bzw. prozessualen Revision der Verfügung vom 2. November 2000 kann auf die zutreffenden und von den Beschwerdeführern nicht bestrittenen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 17. Januar 2003

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: