

B 5 RS 7/16 R

Land

Bundesrepublik Deutschland

Sozialgericht

Bundessozialgericht

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG Dresden (FSS)

Aktenzeichen

S 50 RS 1086/13

Datum

02.06.2014

2. Instanz

Sächsisches LSG

Aktenzeichen

L 5 RS 668/14

Datum

21.07.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 5 RS 7/16 R

Datum

15.12.2016

Kategorie

Urteil

Das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 21. Juli 2015 wird wie folgt berichtigt: In Ziffer I Satz 1 wird das Datum "4. August 2014" durch das Datum "2. Juni 2014" ersetzt. Auf die Revision der Beklagten werden die Urteile des Sächsischen Landessozialgerichts vom 21. Juli 2015 und des Sozialgerichts Dresden vom 2. Juni 2014 abgeändert. Die Klage wird in vollem Umfang abgewiesen. Außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1 Der Kläger begehrt für die Jahre 1984 bis 1989 die Feststellung weiterer Arbeitsentgelte in Gestalt jährlicher Jahresendprämien (JEP) für Zeiten der Zugehörigkeit zur zusätzlichen Altersversorgung der technischen Intelligenz (AVItech) in Form jährlicher JEP.

2 Der im Jahre 1955 geborene Kläger ist seit dem 23.5.1984 berechtigt, die Berufsbezeichnung "Maschineningenieur" (Fachrichtung Instandhaltung) zu führen. Er war entsprechend seiner beruflichen Qualifikation durchgehend im VEB L. Stammbetrieb des Kombines L. beschäftigt. Auf Antrag vom 30.12.2011 stellte die Beklagte die Beschäftigungszeit des Klägers in der DDR vom 23.5.1984 bis 30.6.1990 als Zeit der Zugehörigkeit zur AVItech (Nr 1 der Anlage zum AAÜG) einschließlich der dabei erzielten Arbeitsentgelte fest. Die Berücksichtigung von JEP lehnte sie ab (Bescheid vom 15.11.2012). Dem Widerspruch half die Beklagte teilweise ab, indem sie für den Zeitraum vom 23.5.1984 bis 31.12.1984 ein höheres Arbeitsentgelt feststellte (Bescheid vom 8.3.2013). Im Übrigen wurde der Widerspruch zurückgewiesen (Widerspruchsbescheid vom 13.6.2013).

3 Mit Urteil vom 2.6.2014 hat das SG Dresden die Beklagte unter Abänderung des Bescheids vom 15.11.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.6.2013 verurteilt, für die Jahre 1985 bis 1990 weitere Arbeitsentgelte wegen zu berücksichtigender Jahresendprämienzahlungen für die Jahre 1984 bis 1989 zu berücksichtigen (1985: 710 Mark; 1986: 699 Mark; 1987: 758 Mark; 1988: 819 Mark; 1989: 821 Mark), und im Übrigen die Klage abgewiesen. Das Sächsische LSG hat das Urteil des SG in Ziffer 1 des Tenors abgeändert, indem es dem Kläger für das Jahr 1985 anstelle der vom SG zugesprochenen 710 Mark einen Betrag in Höhe von 425 Mark zuerkannt hat. Im Übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen (Urteil vom 21.7.2015). Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe einen Anspruch auf Feststellung der JEP als weitere Arbeitsentgelte in dem tenorierten Umfang. JEP seien Arbeitsentgelte iS von [§ 14 SGB IV](#) und damit iS von § 6 Abs 1 S 1 AAÜG. Gemäß § 117 Abs 1 AGB-DDR habe ein Anspruch auf JEP bestanden, wenn deren Zahlung für das Arbeitskollektiv, dem der Werkttätige angehört habe, im Betriebskollektivvertrag vereinbart worden sei, der Werkttätige und sein Arbeitskollektiv die vorgesehenen Leistungskriterien in der festgelegten Mindesthöhe erfüllt hätten und der Werkttätige während des gesamten Planjahres Angehöriger des Betriebs gewesen sei. Um eine Feststellung von JEP als zusätzliche Entgelte beanspruchen zu können, müsse der jeweilige Antragsteller nachweisen oder glaubhaft machen, dass diese Voraussetzungen in jedem einzelnen Jahr erfüllt worden seien und zusätzlich, dass ihm ein bestimmter berücksichtigungsfähiger Betrag auch zugeflossen, dh tatsächlich gezahlt worden sei. Gemäß [§ 128 Abs 1 S 1 SGG](#) entscheide das Gericht dabei nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Neben dem Vollbeweis, dh der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, sei auch die Möglichkeit der Glaubhaftmachung des Vorliegens weiterer Arbeitsentgelte in Gestalt von JEP gegeben. Dies könne aus der Vorschrift des § 6 Abs 6 AAÜG abgeleitet werden. Danach werde, wenn ein Teil des Verdienstes nachgewiesen und der andere Teil glaubhaft gemacht werde, der glaubhaft gemachte Teil des Verdienstes zu 5/6 berücksichtigt. Der Kläger habe zwar nicht nachgewiesen, aber glaubhaft gemacht, dass die drei rechtlichen Voraussetzungen des § 117 Abs 1 AGB-DDR für den Bezug einer JEP in den geltend gemachten Beschäftigungsjahren 1984 bis 1989 (Zuflussjahre 1985 bis 1990) vorgelegen hätten und ihm jeweils eine JEP tatsächlich gezahlt worden sei. Die konkrete Höhe der JEP habe der Kläger weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht. Hinsichtlich der Höhe habe das SG jedoch

zutreffend von der Möglichkeit der Schätzung Gebrauch gemacht.

4 Die Befugnis hierzu ergebe sich aus [§ 202 S 1 SGG](#) iVm [§ 287 Abs 2, Abs 1 S 1 Alt 2 ZPO](#). Die Voraussetzungen dieser Normen seien hier gegeben. Bei der Feststellung weiterer Arbeitsentgelte handle es sich zumindest mittelbar und sekundär um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Das von der Beklagten nach [§ 6 Abs 1 S 1 AAÜG](#) festzustellende und dem für die Feststellung der Leistungen zuständigen Träger der Rentenversicherung mitzuteilende ([§ 8 Abs 1 S 1 und S 2 AAÜG](#)) erzielte Arbeitsentgelt sei Grundlage der Berechnung der Höhe einer Leistung aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Auch sei die vollständige Aufklärung aller für die Berechnung der konkret zugeflossenen JEP-Beträge maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden, die zur Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stünden. Bei der gebotenen Schätzung lege das Gericht als jährlichen Basiswert der Prämienhöhe jeweils den im Planjahr erzielten durchschnittlichen Bruttomonatslohn zugrunde, der im Bescheid der Beklagten vom 8.3.2013 festgestellt sei. Diese Anknüpfung sei vor allem deshalb gerechtfertigt, weil auch die staatlichen Prämienverordnungen für die Höhe der JEP an den durchschnittlichen Monatsverdienst anknüpften. Von diesem Wert mache das Gericht einen Abschlag in Höhe von 30 %, weil die Höhe der jeweils an den Werkträgern ausgezahlten JEP von einer Vielzahl verschiedener Faktoren abhängig gewesen sei, die im konkreten Einzelfall nicht mehr nachvollziehbar seien. Von dem danach geschätzten Betrag (70 %) sei ein weiterer Abschlag in Höhe eines Sechstels sachlich gerechtfertigt, weil der Kläger bereits den Zufluss der JEP lediglich habe glaubhaft machen können. Dies folge aus dem Rechtsgedanken des [§ 6 Abs 6 AAÜG](#), wonach der glaubhaft gemachte Teil eines Verdienstes nur in dieser Höhe berücksichtigt werde. Dies müsse erst recht gelten, wenn lediglich der Zufluss des Verdienstes glaubhaft gemacht werde. Auf Grundlage dieser Schätzung ergäben sich für die Jahre 1984 bis 1989 (und damit für die Zuflussjahre 1985 bis 1990) die tenorierten JEP-Zahlungen.

5 Mit der vom Senat zugelassenen Revision (BSG Beschluss vom 30.6.2016 B 5 RS 26/15 B) rügt die Beklagte im Wesentlichen die Verletzung von [§ 6 Abs 1 S 1, § 8 Abs 1 S 2 AAÜG](#). Ob das Tatsachengericht im Rahmen freier Beweiswürdigung ([§ 128 Abs 1 S 1 SGG](#)) von seiner Schätzbefugnis und damit von einer Beweiserleichterung Gebrauch mache, stehe in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Vorliegend habe das LSG ermessensfehlerhaft gehandelt und die Grenzen der richterlichen Beweiswürdigung verletzt. Das Gericht habe schon die Höhe von JEP nicht schätzen dürfen. Ein Rückgriff auf die Vorschrift des [§ 287 Abs 2 ZPO](#) im geschlossenen System des Nachweises bzw der Glaubhaftmachung von Entgelten in der gesetzlichen Rentenversicherung sei systemwidrig. Das Berufungsgericht verkenne, dass sämtliche Tatbestände, die es unter die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale des [§ 117 Abs 1 AGB DDR](#) subsumiere, mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit, dh im Vollbeweis, nachgewiesen sein müssten, was auch das BSG im sog "Jahresendprämien-Urteil" (vom 23.8.2007 B [4 RS 4/06 R](#) SozR 4 8570 [§ 6 Nr 4](#)) fordere. Die bloße Glaubhaftmachung iS einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge somit nicht; das Beweismaß der Glaubhaftmachung in [§ 6 Abs 6 AAÜG](#) gelte nicht für den Feststellungsanspruch dem Grunde nach, sondern nur für dessen Höhe. Zudem dürfe "die Höhe einer Forderung" nach [§ 287 Abs 2 ZPO](#) nur geschätzt werden, wenn die Tatsachen voll erwiesen seien, mit denen das "Ob" der Forderung, dh der Zahlungsanspruch als solcher, begründet werde. Die vom LSG zitierte Entscheidung des BSG vom 4.5.1999 [B 4 RA 6/99 R](#) - SozR 3 8570 [§ 8 Nr 3](#) sei vorliegend nicht einschlägig. Nur wenn und soweit die Höhe des tatsächlich gewährten Arbeitsentgelts nicht nachgewiesen werden könne, komme nach dieser Entscheidung hilfsweise eine Glaubhaftmachung und Schätzung des tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts in Betracht. Von einer Beweiserleichterung bei der den Rechtsgrund betreffenden Tatsachenermittlung sei in dieser Entscheidung keine Rede.

6 Schließlich seien dem Berufungsgericht bei der Art und Weise, wie es den Schätzvorgang gestalte, Verfahrensfehler unterlaufen. Soweit es das durchschnittliche Monatsbruttogehalt im jeweiligen Planjahr als Anknüpfungstatsache heranziehe, sei dieser Basiswert schon nach den rechtlichen Regularien der DDR untauglich und rechtlich nicht tragfähig. Die davon erfolgenden Abschläge von 30 % und nochmals einem Sechstel seien aus der Luft gegriffen und methodisch nicht haltbar. Abschließend sei festzustellen, dass dem Berufungsgericht sowohl bei der Beantwortung der Frage, ob es überhaupt schätzen durfte als auch bei der Durchführung der Schätzung selbst Fehler unterlaufen seien, die die Grenzen der freien Beweiswürdigung überschritten. Hierauf beruhe das angefochtene Urteil.

7 Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 21. Juli 2015 abzuändern, das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 2. Juni 2014 in vollem Umfang aufzuheben und die Klage abzuweisen.

8 Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

9 Er hält die Entscheidung für zutreffend.

II

10 Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet, sodass der Senat in der Sache selbst zu entscheiden hat ([§ 170 Abs 2 S 1 SGG](#)). Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig und beschweren den Kläger nicht ([§ 54 Abs 2 S 1 SGG](#)).

11 Das Revisionsverfahren betrifft das Begehren des Klägers ([§ 123 SGG](#)) insofern, als dieser im Wege der kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ([§ 56, § 54 Abs 1](#) Var 1 und [3 SGG](#)) die Abänderung des Bescheides vom 15.11.2012 und des Widerspruchsbescheides vom 13.6.2013 sowie die Verurteilung der Beklagten zur Feststellung des jeweiligen Jahresentgelts unter zusätzlicher Berücksichtigung ihm in den Jahren 1985 bis 1990 zugeflossener Jahresendprämienzahlungen erstrebt. Da der Kläger das Urteil des SG vom 2.6.2014 nicht angegriffen hat, soweit es seine Klage abgewiesen hat, ist dieses Urteil insofern rechtskräftig ([§ 141 Abs 1 SGG](#)) und der Bescheid vom 15.11.2012 hinsichtlich des Kalenderjahrs 1983 sowie der auf das Kalenderjahr 1984 beschränkte Abhilfebescheid vom 8.3.2013 insgesamt bestandskräftig geworden ([§ 77 SGG](#)). Das LSG war schon deshalb nicht berufen, über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts vom 8.3.2013 zu entscheiden. Das Berufungsurteil ist schließlich rechtskräftig geworden, soweit das LSG das Arbeitsentgelt für das Kalenderjahr 1985 herabgesetzt hat. Soweit das LSG als Datum des SG-Urteils fehlerhaft "4.8.2014" anstelle des korrekten Datums "2.6.2014" zugrunde gelegt hat, ist dies als "offenbare Unrichtigkeit" iS von [§ 138 S 1 SGG](#) von Amts wegen zu berichtigen.

12 1. Als Anspruchsgrundlage für die begehrten rechtlichen Feststellungen kommt allein [§ 8 Abs 2, Abs 3 S 1 und Abs 4 Nr 1 AAÜG](#) in Betracht. Nach [§ 8 Abs 3 S 1 AAÜG](#) hat die Beklagte als Versorgungsträgerin für das Zusatzversorgungssystem der Anl 1 ([§ 8 Abs 4 Nr 1 AAÜG](#)) dem Berechtigten durch Bescheid den Inhalt der Mitteilung nach Abs 2 aaO bekannt zu geben. Diese Mitteilung hat ua "das tatsächlich erzielte Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen" (= Arbeitsverdienste) zu enthalten.

13 2. Maßstabsnorm, nach der sich bestimmt, welche Arbeitsverdienste den Zugehörigkeitszeiten zu einem (Zusatz-)Versorgungssystem der DDR zuzuordnen sind, ist § 6 Abs 1 S 1 AAÜG. Danach ist den Pflichtbeitragszeiten nach diesem Gesetz (vgl § 5 aaO) für jedes Kalenderjahr als Verdienst (§ 256a Abs 2 SGB VI) das erzielte Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen zugrunde zu legen. Der Begriff des Arbeitsentgelts iS des § 6 Abs 1 S 1 AAÜG bestimmt sich nach § 14 SGB IV, wie der erkennende Senat (BSG SozR 4 8570 § 6 Nr 6 RdNr 15) im Einklang mit dem 4. Senat des BSG (SozR 4 8570 § 6 Nr 4 RdNr 24 ff), der früher für das Recht der Rentenüberleitung zuständig gewesen ist, bereits entschieden hat. Dabei ist durch die Rechtsprechung des 4. Senats, der sich der erkennende Senat anschließt, gleichermaßen geklärt, dass die JEP einmalige Einkünfte aus einer Beschäftigung iS des § 14 Abs 1 S 1 SGB VI waren und diese bundesrechtliche Qualifizierung nicht durch § 17 Abs 1 Nr 1 SGB IV iVm § 1 ArEV vom 18.12.1984 (BGBl I 1642) ausgeschlossen ist (BSG SozR 4 8570 § 6 Nr 4 RdNr 27, 33). Gleichzeitig folgt für die Feststellung von Bezug und Höhe dieser einmaligen Einkünfte aus der Formulierung "erzieltes Arbeitsentgelt" in § 6 Abs 1 S 1 AAÜG im Zusammenhang mit § 5 Abs 1 S 1 AAÜG, dass es sich um Entgelt handeln muss, das dem Berechtigten während der Zugehörigkeitszeiten zum Versorgungssystem "aufgrund" seiner Beschäftigung "zugeflossen", ihm also in bestimmter Höhe tatsächlich gezahlt worden ist (BSG SozR 4 8570 § 6 Nr 4 RdNr 19).

14 3. Für den Zufluss von Entgeltbestandteilen wie der JEP trägt der Zahlungsempfänger die Feststellungs- bzw objektive Beweislast (BSG SozR 4 8570 § 6 Nr 4 RdNr 42), dh das Risiko bzw den Nachteil, dass sich diese Tatsache nicht beweisen und feststellen lässt (non liquet). Der Tatbestand öffentlich-rechtlicher Normen ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn ein einschlägiger Sachverhalt nach Ausschöpfung grundsätzlich aller zur Verfügung stehenden Erkenntnisgrundlagen bis zur Grenze der Zumutbarkeit (Senatsbeschluss vom 2.3.2010 B 5 R 208/09 B Juris RdNr 9; BVerwG Urteil vom 26.8.1983 8 C 76/80 Buchholz 310 § 86 Abs 1 VwGO Nr 147 S 9 und Beschluss vom 18.2.2015 1 B 2/15 Juris RdNr 4; vgl auch BVerfG Beschluss vom 27.10.1999 1 BvR 385/90 BVerfGE 101, 106 Juris RdNr 67) mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit (vgl zB BSG Urteil vom 27.6.2006 B 2 U 20/04 R BSGE 96, 291, 23 = SozR 4 2700 § 9 Nr 7) im Vollbeweis, dh zur vollen Überzeugung des hierzu berufenen Anwenders iS einer subjektiven Gewissheit feststeht. Für das sozialgerichtliche Verfahren ergibt sich dies aus § 103 S 1 Halbs 1, § 128 Abs 1 S 1 SGG. Abweichungen (Gewissheit, hinreichende Wahrscheinlichkeit oder Glaubhaftmachung) von diesem Regelbeweismaß bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (BSG SozR 3 3900 § 15 Nr 4 Juris RdNr 4, vgl auch BSG Urteil vom 14.12.2006 B 4 R 29/06 R BSGE 98, 48 = SozR 4 5075 § 1 Nr 3; BVerwG Beschluss vom 3.8.1988 9 B 257/88 NVwZ RR 1990, 165; Bolay in Lüdtko, SGG, 4. Aufl 2012, § 128 RdNr 13 ff; Höfling/Rixen in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl 2014, § 108 RdNr 87; Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl 2016, § 108 RdNr 5; Kühl in Breitzkreuz/Fichte, 2. Aufl 2014, § 118 RdNr 3 ff). Nur dann ist gewährleistet, dass normativ angeordnete Rechtsfolgen allein Fällen der gesetzlich vorgesehenen Art zugeordnet werden und im Streitfall effektiver Rechtsschutz (Art 19 Abs 4 GG) gewährleistet ist. Die in § 6 Abs 6 AAÜG normierten Beweiserleichterungen verhelfen der Klage indessen nicht zum Erfolg.

15 4. Zwar hat das LSG auf dieser Grundlage für den Senat bindend (§ 163 SGG) festgestellt, dass dem Kläger in den jeweils ausgeurteilten Jahren tatsächlich JEP zugeflossen sind, weil dies zwar nicht (im Vollbeweis) nachgewiesen, aber glaubhaft gemacht, dh "überwiegend wahrscheinlich" sei (vgl dazu § 23 Abs 1 S 2 SGB X; § 202 S 1 SGG iVm § 294 ZPO). Dabei geht das LSG zu Recht davon aus, dass dieser im Vergleich zum Regelbeweismaß abgesenkte Beweisgrad ausreicht, um im Einzelfall den tatsächlichen Zufluss von Arbeitsentgelt anzunehmen und festzustellen (so auch Bayerisches LSG Urteil vom 23.6.2015 L 1 RS 3/14 Juris LS; LSG Mecklenburg-Vorpommern Urteil 18.2.2015 L 7 R 147/11 Juris RdNr 42 ff; LSG Berlin-Brandenburg Urteil vom 9.10.2014 L 33 R 151/13 Juris RdNr 37; Thüringer LSG Urteil vom 27.5.2014 L 6 R 1280/12 Juris RdNr 19 ff; offen gelassen LSG Sachsen-Anhalt Urteil vom 12.2.2014 L 1 RS 28/13 Juris RdNr 25 ff). Dies ergibt die Auslegung des § 6 Abs 6 AAÜG. Danach wird der glaubhaft gemachte Teil des Verdienstes zu fünf Sechsteln berücksichtigt, wenn ein Teil des Verdienstes nachgewiesen und der andere Teil glaubhaft gemacht wird. Die Formulierungen "der glaubhaft gemachte Teil des Verdienstes" und "der andere Teil" sind prinzipiell weit und ermöglichen es, die Glaubhaftmachung dieses Verdienstteils sowohl auf dessen Höhe als auch auf dessen Zufluss oder auf beides zu beziehen, während der Nachweis des übrigen Verdienstteils schon logisch Zufluss und Höhe erfassen muss. Angesichts der klaren gesetzlichen Differenzierung des Gesamtverdienstes in einen glaubhaft gemachten und einen nachgewiesenen Teil liegt es indes fern, die Glaubhaftmachung auf die Höhe des Verdienstes bei nachgewiesenem Zufluss zu beschränken. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Norm mit dem Erfordernis, dass Zufluss und Höhe eines Verdienstteils im Vollbeweis nachgewiesen sein müssen, bereits ausdrücklich das strenge Regelbeweismaß anlegt und damit einen starken Anker schafft, was spiegelbildlich Abstriche beim Beweismaß für Höhe und Zufluss des anderen Verdienstteils legitimiert und ggf Rückschlüsse aufgrund zuvor oder anschließend erzielten Arbeitsentgelts erlaubt (vgl dazu BSG Urteil vom 28.10.1996 8 RKn 19/95 SozR 3 2600 § 123 Nr 1 S 4; Spiegel, MittLVA Württ 1996, 164 jeweils zu § 256c SGB VI). Zudem findet die einschneidende Rechtsfolge, die einen erheblichen Abschlag in Höhe eines Sechstels vorsieht, auch und gerade in Fällen ihre Rechtfertigung, in denen neben der Höhe auch der Zufluss von Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen nur glaubhaft gemacht werden kann und damit die Verdienstfeststellung in ihrer anteiligen Gänze auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen beruht.

16 5. Ebenso für das Revisionsgericht verbindlich hat das Berufungsgericht aber auch (negativ) festgestellt, dass die Höhe der einschlägigen Zahlungen weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht ist. Insofern ist unerheblich, dass das angegriffene Urteil möglicherweise nicht auf diesen Feststellungen beruht (vgl dazu BSG Urteil vom 10.11.1993 11 RaR 47/93 BSGE 73, 195 = SozR 3 4100 § 249e Nr 3; Heinz in Roos/Wahrendorf, SGG, 2014, § 163 RdNr 15). Soweit das LSG die Höhe der JEP jedoch auf 58,33 % eines im jeweiligen Beschäftigungsvorjahr erzielten monatlichen Bruttodurchschnittsbetrages geschätzt hat, ist der Senat an diese weitergehenden Feststellungen (§ 163 SGG) nicht gebunden. Denn das Berufungsgericht geht insofern von rechtlich unzutreffenden Annahmen hinsichtlich des Beweismaßes aus, die der sachlichen Prüfung durch das BSG unterliegen. Das AAÜG enthält jedenfalls für Fälle der vorliegend zur Entscheidung stehenden Art abschließende Regelungen zu Möglichkeiten und Folgen einer Beweiserleichterung hinsichtlich der Höhe des zugrunde zu legenden Verdienstes. Zusätzliche Beweiserleichterungen des materiellen (a) oder des sog formellen Rechts (b) greifen daneben nicht ein.

17 a) § 6 Abs 6 AAÜG erlaubt es dem Versicherten ausnahmsweise, die Höhe eines Verdienstteils glaubhaft zu machen, wenn der andere Teil des Verdienstes nachgewiesen ist und eröffnet insoweit zu seinen Gunsten im beschränkten Umfang eine Beweismaßreduzierung, allerdings auf Kosten eines Abschlags in Höhe eines Sechstels des glaubhaft gemachten Teils des Verdienstes. Eine weitere Verminderung des Beweismaßstabes im Sinne einer Schätzungswahrscheinlichkeit sieht § 6 AAÜG nicht vor. Hätte der Gesetzgeber eine Schätzbefugnis schaffen wollen, so hätte er dies gesetzlich anordnen und Regelungen sowohl zu ihrer Reichweite (Schätzung des Gesamtverdienstes oder nur eines Teils davon) als auch zum Umfang der Anrechnung des geschätzten Verdienstes treffen müssen, nachdem er schon für den strenger Beweismaßstab der Glaubhaftmachung nur die Möglichkeit einer begrenzten Berücksichtigung (zu fünf Sechsteln) ermöglicht hat.

18 Auch aus § 6 Abs 5 AAÜG iVm [§ 256b Abs 1](#) und [§ 256c Abs 1](#) und 3 S 1 SGB VI ergibt sich keine materiell-rechtliche Schätzbefugnis. Rechtsfolge einer fehlenden Nachweismöglichkeit des Verdienstes ist hiernach stets die Ermittlung eines fiktiven Verdienstes nach Tabellenwerten, nicht jedoch die erleichterte Verdienstfeststellung im Wege der Schätzung im Sinne einer Überzeugung von der bloßen Wahrscheinlichkeit bestimmter Zahlenwerte. Insofern kann offenbleiben, ob Abs 5 überhaupt neben Abs 6 zur Anwendung kommen kann (idS BT Drucks 13/2590 S 33).

19 b) Die prozessuale Schätzbefugnis gemäß [§ 287 ZPO](#), die nach [§ 202 S 1 SGG](#) im sozialgerichtlichen Verfahren lediglich subsidiär und "entsprechend" anzuwenden ist (vgl zB BSG Urteile vom 14.7.1988 [11/7 RAr 41/87 SozR 4100 § 115 Nr 2](#); vom 20.5.1987 [10 RKg 12/85 BSGE 62, 5](#) = [SozR 1750 § 287 Nr 1](#); vom 15.3.1979 [9 RVs 16/78](#) SozR 3870 § 3 Nr 5, vom 27.7.1978 [2 RU 37/78](#) Juris RdNr 21), greift hier von vornherein nicht ein. Denn § 6 Abs 6 AAÜG regelt als vorrangige und bereichsspezifische Spezialnorm die vorliegende Fallkonstellation (ein Verdienstteil ist nachgewiesen, ein anderer glaubhaft gemacht) abschließend und lässt für die allgemeine Schätzungsvorschrift des [§ 287 ZPO](#) keinen Raum. Indem § 6 Abs 6 AAÜG die Höhe des glaubhaft gemachten Verdienstteils selbst pauschal auf fünf Sechstel festlegt, bestimmt er gleichzeitig die mögliche Abweichung gegenüber dem Vollbeweis wie die Rechtsfolge der Glaubhaftmachung selbst und abschließend. Eine einzelfallbezogene Schätzung scheidet damit aus. Andernfalls käme es zu unauflösbaren Widersprüchen, wie der vorliegende Fall exemplarisch zeigt: Bei der Schätzmethode des LSG handelt es sich um ein in sich geschlossenes Konstrukt, in das mit einer nachträglichen Kürzung des Schätzergebnisses um ein Sechstel derart intensiv eingegriffen würde, dass von einer Schätzung nicht mehr die Rede sein kann. Hätte der Gesetzgeber eine Schätzung zulassen wollen, so hätte er das Schätzverfahren weiter ausgestalten und festlegen müssen, ob und ggf wie mit dem Abschlag im Rahmen der Schätzung umzugehen ist. Das Fehlen derartiger Bestimmungen belegt im Sinne eines beredten Schweigens zusätzlich den abschließenden Charakter der Ausnahmeregelung in § 6 Abs 6 AAÜG als geschlossenes Regelungskonzept.

20 Aber selbst wenn man [§ 287 ZPO](#) in Fällen der vorliegenden Art für anwendbar hält, scheidet eine Schätzung gemäß [§ 287 Abs 1 ZPO](#) schon mangels "Schadens" von vornherein aus. Schließlich sind auch die Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 287 Abs 2 ZPO](#) nicht erfüllt. Denn diese Norm greift als Ausnahme von den Grundsätzen in [§ 286 ZPO](#) und [§ 128 Abs 1 S 1 SGG](#) nur ein, wenn eine "Forderung" dem Grunde nach mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit besteht, dh im Vollbeweis belegt ist, und nur noch ihre "Höhe streitig ist" (vgl BSG Urteil vom 28.5.2003 B [3 P 6/02](#) R SozR 4 3300 § 15 Nr 1 RdNr 12; BGH Urteile vom 17.12.2014 [VIII ZR 88/13](#) Juris RdNr 45 und vom 25.10.1984 [IX ZR 76/83 MDR 1985, 494](#) Juris RdNr 13; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, § 63 RdNr 85; Foerste in Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl 2016, § 287 RdNr 11; Greger in Zöller, ZPO, 31. Aufl 2016, § 287 RdNr 1; Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl 2013, § 287 RdNr 11 und 29; Prütting in Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl 2016, § 287 RdNr 20; Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 37. Aufl 2016, § 287 RdNr 7; Saenger, ZPO, 6. Aufl 2015, § 287 RdNr 11). Die Schätzbefugnis und die damit verbundene Beweismaßreduzierung beschränkt sich somit auf die Höhe nachgewiesener Forderungen; nur wenn und soweit allein die Forderungshöhe streitig ist, darf der Richter insofern Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen anstellen. Andernfalls käme es zu doppelten Wahrscheinlichkeitsüberlegungen und zu dem Problem, dass hinsichtlich des "Ob" des Zuflusses (Glaubhaftmachung iS einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit) und mit Blick auf die Höhe der Forderung (Schätzungswahrscheinlichkeit) unterschiedliche Erwägungen zu unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsgraden anzustellen wären. Damit würde aber das rechtswidrige Ergebnis in Kauf genommen, dass beide Faktoren in ihrer Überlagerung bzw Kombination nicht mehr wahrscheinlich, sondern lediglich möglich wären. Eine derart weite Loslösung von der Wirklichkeit und die damit verbundene Aufweichung der Feststellungslast sieht [§ 287 Abs 2 ZPO](#) nicht vor; die bloße Möglichkeit, dass dem Versicherten Arbeitsentgelt in geschätzter Höhe zugeflossen ist, genügt keinesfalls (vgl zB BSG Beschluss vom 8.8.2001 B [9 V 23/01](#) B SozR 3 3900 § 15 Nr 4). Schließlich erscheint es methodisch ausgeschlossen, die Schätzbefugnis nach [§ 287 Abs 1 S 1 ZPO](#) erst nach mehrfacher entsprechender Anwendung dieser Vorschrift zu eröffnen. Über die Verweisung in [§ 202 S 1 SGG](#) ist [§ 287 ZPO](#) überhaupt nur "entsprechend anzuwenden" und innerhalb dieser zivilprozessualen Norm ist die Schätzbefugnis in [§ 287 Abs 1 S 1 SGG](#) über Abs 2 aaO ihrerseits ebenfalls nur "entsprechend anzuwenden", und zwar vorliegend erst, nachdem dessen Regelungsbereich zuvor auf Fallkonstellationen mit ungeklärter Haftungsgrundlage erweitert worden ist, obgleich die insofern einschlägigen tatsächlichen Umstände gerade zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen müssen ([§ 286 ZPO](#)).

21 Fragestellungen zur Ermittlung und Feststellung des tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts in Kalenderjahren mit Arbeitsausfalltagen, die der Entscheidung des 4. Senats in seinem Urteil vom 4.5.1999 ([B 4 RA 6/99 R](#) SozR 3 8570 § 8 Nr 3) zugrunde liegen, waren vorliegend nicht zu beantworten. In diesem Fall ebenso wie in dem Urteil vom 23.8.2007 (SozR 4 8570 § 6 Nr 4) ging es dem Grunde nach um nachgewiesene Zahlungen.

22 c) Da die Höhe der glaubhaft erzielten JEP weder im Vollbeweis noch im Wege der Glaubhaftmachung belegt ist und der Kläger insofern die Feststellungslast trägt, hat er keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte neue Höchstbeträge unter Einbeziehung geschätzter JEP festsetzt.

23 Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2017-03-31