

B 5 RS 13/16 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Leipzig (FSS)
Aktenzeichen
S 10 RS 729/11
Datum
02.12.2013
2. Instanz
Sächsisches LSG
Aktenzeichen
L 5 RS 275/14
Datum
11.10.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 5 RS 13/16 R
Datum
01.06.2017
Kategorie
Urteil

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 11. Oktober 2016 abgeändert und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Leipzig vom 2. Dezember 2013 in vollem Umfang zurückgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens. Im Übrigen sind außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten im Zugunstenverfahren noch darüber, ob die Beklagte die bisherigen Höchstwertfestsetzungen von Arbeitsentgelten, die während der Zugehörigkeit zur zusätzlichen Altersversorgung der technischen Intelligenz (Zusatzversorgungssystem Nr 1 der Anl 1 zum AAÜG - AVItech) tatsächlich erzielt wurden, im Feststellungsbescheid zurücknehmen und zusätzlich Jahresendprämien (JEP) als weiteres Arbeitsentgelt für die Beschäftigungsjahre 1972 bis 1989 feststellen muss.

2

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin des verstorbenen G. U. (im Folgenden: Versicherte). Der 1941 geborene Versicherte studierte an der Ingenieurschule für wissenschaftlichen Gerätebau "C. Z. " in J. und bestand die Techniker-Prüfung am 22.8.1967. Mit Urkunde vom 23.6.1970 erhielt er die Berechtigung, die Berufsbezeichnung "Ingenieur" zu führen. Nach einer Tätigkeit als Dreher und Techniker im Volkseigenen Betrieb (VEB) Halbleiterwerk F. war der Versicherte bis zum 31.5.1972 als Anlagenbauleiter im VEB Kombinat R. Zentralvertrieb beschäftigt. In der Folgezeit war der Versicherte als Bauleiter im VEB B. und S. W. (BuS W.) vom 1.6.1972 bis 31.12.1980 und im VE B. kombinat B. vom 1.1.1981 bis 30.6.1990 tätig.

3

Mit Feststellungsbescheid vom 26.4.2002 stellte die Beklagte das Vorliegen der Voraussetzungen von § 1 AAÜG, die Beschäftigungszeiten des Versicherten vom 1.8.1967 bis 15.8.1970 und vom 1.6.1972 bis 30.6.1990 als "nachgewiesene Zeiten" der AVItech sowie die in diesen Zeiträumen erzielten Arbeitsentgelte fest, ohne dabei JEP zu berücksichtigen. Am 10.1.2008 beantragte der Versicherte bei der Beklagten, höhere Arbeitsverdienste anzuerkennen und ua JEP als glaubhaft gemachtes Entgelt zu berücksichtigen. Dazu legte er schriftliche Erklärungen von ehemaligen Arbeitskollegen vor, die die Zahlung von JEP an den Versicherten bestätigten. Die Beklagte lehnte es ab, den Feststellungsbescheid zurückzunehmen und JEP als weitere Arbeitsentgelte festzustellen, weil ihr Zufluss weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht worden sei (Bescheid vom 28.10.2009). Auf den Widerspruch des Versicherten stellte die Beklagte nach Einholung einer Auskunft des Archivunternehmens "R. GmbH" höhere Arbeitsentgelte unter Berücksichtigung von zusätzlichen Belohnungen im Bergbau in den Jahren 1973 bis 1990 fest. Im Übrigen wies die Beklagte den Widerspruch zurück (Feststellungsbescheid vom 17.5.2010, Widerspruchsbescheid vom 12.4.2011).

4

Dagegen hat der Versicherte Klage erhoben und die Anerkennung höherer Arbeitsentgelte unter Berücksichtigung jährlicher JEP für die Zeit vom 1.8.1967 bis 15.8.1970 und vom 1.6.1972 bis 30.6.1990 beantragt. Während des Klageverfahrens hat die Beklagte auf einen weiteren

Überprüfungsantrag des Versicherten vom 30.11.2011 zusätzliche Zeiten der Zugehörigkeit zur zusätzlichen Altersversorgung der technischen Intelligenz festgestellt (Beschäftigungszeit vom 7.9.1970 bis 31.5.1972). Der Versicherte hat dagegen ebenfalls um Rechtsschutz ersucht und die Anerkennung weiterer Entgeltbestandteile, insbesondere einer täglichen "Auslöse" und des jährlichen Kohledeputats begehrt (Feststellungsbescheid vom 26.11.2013, Widerspruchsbescheid vom 19.8.2014, Aktenzeichen des Rechtsstreits vor dem SG S 17 RS 222/16). Das SG Leipzig hat die Klage des Versicherten auf Berücksichtigung von JEP als weiteres Arbeitsentgelt nach Vernehmung der Zeugen H. B. und H. R. abgewiesen (Urteil vom 2.12.2013).

5

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin nach dem Tod des Versicherten den Rechtsstreit fortgeführt und die Klage auf Berücksichtigung von JEP für den Zeitraum 1.8.1967 bis 15.8.1970 zurückgenommen. Das LSG hat das Urteil des SG aufgehoben und die Beklagte "unter Aufhebung des Bescheides vom 28.10.2009 sowie unter Abänderung des Feststellungsbescheides vom 26.4.2002 in der Fassung des Feststellungsbescheides vom 17.5.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.4.2011 sowie in der Fassung des Feststellungsbescheides vom 26.11.2013 verurteilt, weitere Arbeitsentgelte im Rahmen der festgestellten Zusatzversorgungszeiten der zusätzlichen Altersversorgung der technischen Intelligenz in den volkseigenen und ihnen gleichgestellten Betrieben" in geschätzter und genau bezifferter Höhe "festzustellen". Im Übrigen hat das LSG die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 11.10.2016): Es sei überwiegend wahrscheinlich und daher glaubhaft gemacht, dass dem Versicherten in den Jahren 1973 bis 1990 JEP tatsächlich zugeflossen seien, weil er gemäß § 117 Abs 1 des Arbeitsgesetzbuches der DDR (AGB-DDR) vom 16.6.1977 (GBl I, 185) dem Grunde nach Anspruch auf JEP gehabt habe. Die Zahlung von JEP sei für sein Arbeitskollektiv glaubhaft in einem Betriebskollektivvertrag vereinbart gewesen, sein Arbeitskollektiv habe glaubhaft die vorgegebenen Leistungskriterien in der festgelegten Mindesthöhe erfüllt und er sei in den Jahren 1973 bis 1989 während des gesamten Planjahres nachweislich Angehöriger der jeweiligen VEBs gewesen. Das LSG stütze sich dabei ua auf die Aussagen der Zeugen B. und R. ... Im Jahr 1972 sei der Versicherte zwar nur sieben Monate im VEB BuS W. beschäftigt gewesen. Es hätten aber die Voraussetzungen für einen ausnahmsweise gegebenen Anspruch auf anteilige JEP bestanden. Die konkrete Höhe der gezahlten JEP sei jedoch weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht. Weder den Angaben der Zeugen noch denen des Versicherten könne die Höhe der JEP entnommen werden. Nach den Zeugenaussagen hätte die Höhe der JEP zwischen ca 90 und 115 % (Zeuge B.) und zwischen ca. 99 und 101 % (Zeuge R.) geschwankt, in Abhängigkeit von der Gehaltsstufe und der vorausgegangenen jährlichen Brutto- bzw Nettozahlung. Deshalb mache das Gericht von seiner Schätzbefugnis Gebrauch, die sich aus [§ 202 SGG iVm § 287 Abs 2, Abs 1 S 1 ZPO](#) ergebe. Das LSG verweist auf seine früheren Urteile vom 4.2.2014 ([L 5 RS 462/13](#)) und vom 12.5.2015 ([L 5 RS 382/14](#)) und führt aus, bei der Feststellung weiterer Arbeitsentgelte handle es sich zumindest mittelbar um eine vermögensrechtliche Streitigkeit iS von [§ 287 Abs 2 ZPO](#), weil das von der Beklagten festzustellende Entgelt Grundlage der Berechnung der Höhe einer Leistung aus der gesetzlichen Rentenversicherung und mithin einer Geldforderung sei (§ 8 Abs 1 AAÜG). Zum anderen sei die vollständige Aufklärung aller für die Berechnung der konkret zugeflossenen Jahresendprämienbeträge maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden, die zur Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stünden. Die Schätzung gestalte sich im konkreten Fall wie folgt: Als jährlicher Basiswert der Jahresendprämienhöhe sei der im Planjahr erzielte durchschnittliche Bruttomonatslohn zugrunde zu legen, wie er sich aus dem Feststellungsbescheid vom 26.4.2002 ergebe. Diese Anknüpfung sei vor allem deshalb gerechtfertigt, weil auch die staatlichen Prämienverordnungen, die die in den Betriebskollektivverträgen festzulegenden Voraussetzungen für die Zahlung von JEP konkretisierten, für die Höhe der JEP an den durchschnittlichen Monatsverdienst anknüpften. Von diesem jährlichen Basiswert sei ein Abschlag iHv 30 % vorzunehmen, der dem Umstand Rechnung trage, dass die konkrete Höhe der jeweiligen jährlichen JEP von einer Vielzahl von verschiedenen Faktoren abhängig gewesen sei, die im konkreten Einzelfall nicht mehr nachvollzogen werden könnten. Von den somit zugrunde gelegten (geschätzten) 70 % eines monatlichen Bruttodurchschnittsverdienstes sei ein weiterer Abzug in Höhe eines Sechstels als sachgerecht zu veranschlagen, weil der Zufluss der JEP lediglich glaubhaft gemacht worden sei (Rechtsgedanke des § 6 Abs 6 AAÜG). Dies müsse erst recht gelten, wenn lediglich der Zufluss des Verdienstes glaubhaft gemacht worden sei. Soweit die Klägerin die Anerkennung des Zuflusses einer JEP an den Versicherten im Zeitraum 1.6. bis 31.12.1972 begehre, sei ihr bereits weder der Nachweis noch die Glaubhaftmachung eines solchen Zuflusses gelungen. Die Auszahlung einer JEP für das Vorjahr, in dem der Versicherte in einem anderen VEB beschäftigt gewesen sei, sei nicht wahrscheinlich. Auch seien JEP zu Beginn des jeweiligen Zuflussjahres ausgezahlt worden, nicht aber in der zweiten Jahreshälfte.

6

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Beklagte Verletzungen von § 6 Abs 1 S 1, § 8 Abs 2 S 2 AAÜG. Das Berufungsgericht habe die zuerkannten JEP nicht schätzen dürfen. Das BSG habe in seinen Urteilen vom 15.12.2016 klargestellt, dass einzelne Bestandteile des tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts nicht im Wege der Schätzung nach Maßgabe von [§ 287 ZPO](#) festgestellt werden dürfen.

7

Die Beklagte beantragt nach ihrem schriftlichen Vorbringen, das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 11. Oktober 2016 abzuändern und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Leipzig vom 2. Dezember 2013 in vollem Umfang zurückzuweisen.

8

Die Klägerin beantragt nach ihrem schriftlichen Vorbringen, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise die Sache zur erneuten Entscheidung an das Sächsische Landessozialgericht zurückzuverweisen.

9

Die Klägerin ist der Auffassung, auch die Höhe der an den Versicherten geleisteten Prämienzahlungen sei glaubhaft gemacht worden. Die Zeugen H. B. und H. R. hätten übereinstimmend erklärt, dass die Prämienzahlungen regelmäßig 100 % des durchschnittlich im Kalenderjahr vor der Prämienzahlung erzielten Bruttomonatslohns betrugten.

10

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt ([§ 165 S 1](#), [§ 153 S 1](#), [§ 124 Abs 2 SGG](#)).

II

11

1. Die Revision der Beklagten ist zulässig. Sie ist insbesondere formgerecht begründet.

12

Wendet sich die Revision wie hier gegen die Verletzung einer Vorschrift des materiellen Rechts, ist in der Begründung sorgfältig und nach Umfang und Zweck zweifelsfrei darzulegen, weshalb die Norm in der angefochtenen Entscheidung bezogen auf den festgestellten Sachverhalt nicht oder nicht richtig angewandt worden ist. Dies setzt voraus, dass sich die Begründung mit dem vorinstanzlichen Urteil auseinandersetzt. "Auseinandersetzung" bedeutet, auf den Gedankengang des Vordergerichts einzugehen. Dazu muss der Revisionsführer zumindest kurz rechtlich auf die Gründe der Vorinstanz eingehen; er muss mithin erkennen lassen, dass er sich mit der angefochtenen Entscheidung befasst hat und inwieweit er bei der Auslegung der angewandten Rechtsvorschriften anderer Auffassung ist (Senatsbeschlüsse vom 10.2.2016 B [5 RS 1/15 R BeckRS 2016, 66775](#) RdNr 6; vom 5.5.2015 [B 5 R 18/14 R - BeckRS 2015, 69242](#) RdNr 6 und vom 9.1.2014 B [5 RE 1/14 R BeckRS 2014, 65978](#) RdNr 7).

13

Die Beklagte beschränkt sich in der Revisionsbegründung insoweit auf die Ausführung, dass sich das LSG gestützt auf [§ 202 SGG](#) iVm [§ 287 Abs 2](#), [§ 287 Abs 1 S 1 ZPO](#) als berechtigt angesehen habe, die Höhe der JEP im Rahmen der konkreten Einzelfallwürdigung zu bestimmen, wohingegen der erkennende Senat in seinen Urteilen vom 15.12.2016 ([B 5 RS 2/16 R](#) bis [B 5 RS 9/16 R](#)) klargestellt habe, dass Berufungsgerichte zu einer solchen Schätzung nicht ermächtigt seien. Aus welchen Gründen eine Anwendbarkeit des [§ 287 ZPO](#) ausscheidet, gibt die Beklagte nicht an. Da allerdings auch das LSG nicht weiter begründet, warum es über [§ 202 SGG](#) in der vorliegenden Fallkonstellation von einer Anwendbarkeit des [§ 287 ZPO](#) ausgeht, erweist sich die Revisionsbegründung der Beklagten auch hinsichtlich der rechtlichen Ausführungen als ausreichend.

14

2. Die Revision der Beklagten ist zudem begründet. Das LSG hat der Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil des SG unter Verletzung von Bundesrecht ([§ 162 SGG](#)) im Wesentlichen stattgegeben. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig und beschweren die Klägerin nicht ([§ 54 Abs 2 S 1 SGG](#)). Die Beklagte ist nicht verpflichtet, für die Beschäftigungsjahre 1972 bis 1989 (Zuflussjahre 1973 bis 1990) zusätzlich geschätzte JEP als weitere Arbeitsentgelte vorzumerken.

15

Die Klägerin begehrt im Wege der Kombination ([§ 56 SGG](#)) einer Anfechtungs- und mehrerer Verpflichtungsklagen ([§ 54 Abs 1 S 1](#) Var 1 und [3 SGG](#)), den Bescheid vom 28.10.2009 und den Widerspruchsbescheid vom 12.4.2011 ([§ 95 SGG](#)) aufzuheben sowie die Beklagte zu verpflichten, die bestandskräftigen ([§ 77 SGG](#)) Verwaltungsakte ([§ 31 S 1 SGB X](#)) über die Festsetzung der Arbeitsentgelte für die Zeiten vom 1.6.1972 bis 30.6.1990 im Bescheid vom 26.4.2002 in der Fassung der Bescheide vom 17.5.2010 und vom 26.11.2013 zurückzunehmen und höhere Arbeitsentgelte unter Einbeziehung von JEP festzusetzen.

16

a) Die insoweit erstrebte Rücknahme richtet sich nach [§ 44 SGB X](#), der auch im Rahmen des AAÜG anwendbar ist (§ 8 Abs 3 S 2 AAÜG; vgl. auch Senatsurteil vom 15.6.2010 B [5 RS 6/09 R](#) Juris RdNr 13 und ausführlich [BSGE 77, 253](#), 257 = SozR 3 8570 § 13 Nr 1 S 5). Danach ist ein (iS von [§ 45 Abs 1 SGB X](#)) nicht begünstigender Verwaltungsakt zurückzunehmen, soweit er (anfänglich) rechtswidrig ist. Der Verwaltungsakt ist immer mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen (Abs 2 S 1 aaO), soweit er noch Rechtswirkungen hat, also noch nicht iS von [§ 39 Abs 2 SGB X](#) erledigt ist. Die Rücknahme hat (gebundene Entscheidung) für die Vergangenheit zu erfolgen, wenn wegen der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes "Sozialleistungen" zu Unrecht nicht erbracht oder "Beiträge" zu Unrecht erhoben worden sind ([§ 44 Abs 1 S 1 SGB X](#)). Das Gebot zur rückwirkenden Rücknahme gilt nicht in bestimmten Fällen der Bösgläubigkeit (Abs 1 S 2 aaO). Im Übrigen "kann" (Ermessen) der anfänglich rechtswidrige Verwaltungsakt auch in sonstigen Fällen, also über die Fälle des Abs 1 S 1 aaO hinaus, für die Vergangenheit zurückgenommen werden (Abs 2 S 2 aaO).

17

Da sich [§ 44 Abs 1 SGB X](#) nur auf solche bindenden Verwaltungsakte bezieht, die anders als die feststellenden Verwaltungsakte im Bescheid vom 26.4.2002 unmittelbar Ansprüche auf nachträglich erbringbare "Sozialleistungen" ([§ 11 S 1 SGB I](#)) iS der [§§ 3 ff](#) und [18 ff SGB I](#) betreffen ([BSGE 69, 14](#), 16 = SozR 3 1300 § 44 Nr 3), kann sich der Rücknahmeanspruch des Klägers nur aus Abs 2 aaO ergeben. Nach dieser Vorschrift ist ein rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar (und damit zugleich bindend) geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen (S 1). Er kann auch für die Vergangenheit zurückgenommen werden (S 2). Die Feststellungen über die Höhe der erzielten Arbeitsentgelte im Bescheid vom 26.4.2002, die jeweils einzelne feststellende Verwaltungsakte iS des [§ 31 S 1 SGB X](#) sind und die in Bezug auf die geltend gemachten JEP keinen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt haben (nicht begünstigender Verwaltungsakt iS von [§ 45 Abs 1 SGB X](#)), waren jedoch im Zeitpunkt ihres Erlasses (Bekanntgabe iS von [§ 37 SGB X](#)) rechtmäßig. Denn die geltend gemachten JEP sind nicht als tatsächlich erzielt Arbeitsentgelt festzustellen.

18

b) 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.

19

c) 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 IV 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).

20

d) 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, 293 = 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 Lüdtkke, 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, SGG, 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.

21

e) Zwar hat das LSG auf dieser Grundlage für den Senat bindend (§ 163 SGG) festgestellt, dass dem Versicherten 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 vom 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; offengelassen 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.

22

f) Ebenso für das Revisionsgericht verbindlich hat das Berufungsgericht aber auch (negativ) festgestellt, dass die Höhe der einschlägigen Zahlungen für die streitigen Jahre weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht ist (§ 163 SGG).

23

Etwas anderes gilt auch nicht aufgrund einer sog "Gegenrüge" der Klägerin (zu den Möglichkeiten des Revisionsbeklagten, Verfahrensängern zu erheben vgl Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl 2017, § 170 RdNr 4c). Die Klägerin erfüllt mit ihrem

Vorbringen, die Höhe der Prämienzahlungen sei "mit den Zeugenerklärungen der Zeugen H. B. und H. R. ebenfalls glaubhaft gemacht" und "eine Beiziehung der einschlägigen Rahmen- und Betriebskollektivverträge erfolgte nicht", nicht die formalen Anforderungen an eine Verfahrensrüge. Dazu hätte die Klägerin einen Verfahrensmangel (mit der Rüge einer Verletzung von [§ 128 SGG](#) und [§ 103 SGG](#)) unter Bezeichnung der genauen Umstände so darlegen müssen, dass der Senat in die Lage versetzt worden wäre, sich allein nach der Begründung ein Urteil darüber zu bilden, ob der behauptete Verfahrensmangel vorliegt und die angegriffene Entscheidung außer bei absoluten Revisionsgründen des [§ 551 ZPO](#) auf dem Verfahrensmangel beruht. Diese formalen Anforderungen gelten nicht nur für die Verfahrensrüge des Revisionsklägers, sondern in gleicher Weise für die Revisionsgegenrüge des Revisionsbeklagten (BSG [SozR 3-4100 § 64 Nr 3](#); [SozR 3 1500 § 163 Nr 6](#), [RdNr 40 mwN](#)). Allein die Behauptung, "die Zeugen hatten übereinstimmend erklärt, dass die Prämienzahlungen regelmäßig 100 % des durchschnittlich im Kalenderjahr vor der Prämienzahlung erzielten Bruttomonatslohn betrug" genügt dafür nicht. Die Klägerin nimmt schon nicht Bezug auf den Inhalt der vom LSG wiedergegebenen Zeugenaussagen. Danach haben die Zeugen vielmehr im Beweisaufnahmetermin vor dem Sozialgericht am 16.9.2013 ausgesagt, die Höhe der JEP habe zwischen ca 90 und 115 % (Aussage H. B.) bzw zwischen ca 99 und 101 % (Aussage H. R.) geschwankt. Soweit die Klägerin vorträgt, das LSG habe die einschlägigen Rahmen- und Betriebskollektivverträge nicht beigezogen, fehlen bereits Aussagen dazu, zu welchem Ergebnis solche weiteren Ermittlungen geführt hätten. Der allgemeine Hinweis, das Gericht habe nicht ausreichend den Sachverhalt aufgeklärt, ist unzureichend (vgl Leitherer aaO, [§ 164 RdNr 12a](#)).

24

Soweit das LSG die Höhe der JEP auf 58,33 Prozent 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 (aa) oder des sog formellen Rechts (bb) greifen daneben nicht ein.

25

aa) [§ 6 Abs 6 AAÜG](#) erlaubt es dem Versicherten ausnahmsweise, die Höhe eines Verdiensteils 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 strengerer Beweismaßstab der Glaubhaftmachung nur die Möglichkeit einer begrenzten Berücksichtigung (zu fünf Sechsteln) ermöglicht hat.

26

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).

27

bb) 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 RA 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 glaubhaften gemachten Verdiensteils 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 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.

28

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 Komm 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 im Sinne 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 ZPO](#) 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](#)).

29

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 ([B 4 RS 4/06 R](#) SozR 4 8570 § 6 Nr 4) ging es dem Grunde nach um nachgewiesene Zahlungen.

30

cc) Da die Höhe der glaubhaft erzielten JEP weder im Vollbeweis noch im Wege der Glaubhaftmachung belegt ist und die Klägerin insofern die Feststellungslast trägt, hat sie keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte unter Rücknahme der bisherigen Regelung weitere Arbeitsentgelte unter Einbeziehung geschätzter JEP festsetzt.

31

Die Sache war auch nicht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen ([§ 170 Abs 2 S 2 SGG](#)). Wie bereits ausgeführt hat das LSG für das Revisionsgericht verbindlich festgestellt, dass die Höhe der JEP weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht ist ([§ 163 SGG](#)).

32

Für das Revisionsverfahren ergibt sich die Kostenentscheidung aus [§ 197a Abs 1 S 1 Halbs 3 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 2 VwGO](#). Im Verfahren vor dem Bundessozialgericht besteht für die Klägerin keine Gerichtskostenfreiheit mehr nach [§ 183 SGG](#). Für "sonstige Rechtsnachfolger" wie die Klägerin bleibt ein vom Verstorbenen eingeleitetes und in dessen Person kostenprivilegiertes Sozialgerichtsverfahren gemäß [§ 183 S 2 SGG](#) nur in dem Rechtszug kostenfrei, in welchem das Verfahren aufgenommen wird (vgl BSG [SozR 4-2500 § 13 Nr 10](#) RdNr 23). Im Übrigen beruht die Kostenentscheidung für das Verfahren in den Vorinstanzen auf [§ 193 Abs 1 und 4 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2017-09-19