

## **B 5 RS 15/16 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Chemnitz (FSS)  
Aktenzeichen  
S 19 RS 897/13  
Datum  
24.09.2014  
2. Instanz  
Sächsisches LSG  
Aktenzeichen  
L 5 RS 782/14  
Datum  
26.04.2016  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 5 RS 15/16 R  
Datum  
23.03.2017  
Kategorie  
Urteil

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 26. April 2016 abgeändert und die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Chemnitz vom 24. September 2014 in vollem Umfang zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Der Kläger begehrt im Zugunstenverfahren die Feststellung weiterer Arbeitsentgelte in Gestalt jährlicher Jahresendprämien (JEP) für Zeiten der Zugehörigkeit zur zusätzlichen Altersversorgung der technischen Intelligenz (AVItech).

2

Der im Jahre 1943 geborene Kläger ist nach einem Fachschulstudium in der Fachrichtung Technologie des Maschinenbaus seit dem 14.7.1967 berechtigt, die Berufsbezeichnung "Ingenieur" zu führen. Er war vom 4.9.1967 bis 31.8.1974 als Ingenieur für Arbeitsmaschinenbau, Gruppenleiter TVA und Gruppenleiter Arbeitswissenschaften im VEB Maßindustrie W. sowie vom 1.9.1974 bis 17.10.1976 als Mitarbeiter Forschung und Entwicklung, vom 18.10.1976 bis 31.8.1981 als Assistent des Betriebsdirektors, vom 1.9.1981 bis 31.12.1987 als Verantwortlicher für Außenwirtschaft und Kundendienst und vom 1.1.1988 bis 30.6.1990 und darüber hinaus als Leiter Organisation und Rechentechnik jeweils im VEB Rohrleitungsbau W. beschäftigt. Der Kläger erhielt zu Zeiten der DDR keine Versorgungszusage und war auch nicht in ein Zusatzversorgungswerk der Anlage 1 zum AAÜG einbezogen.

3

Den Feststellungsantrag vom 21.2.2006 lehnte die Beklagte zunächst ab (Bescheid vom 7.3.2006, Widerspruchsbescheid vom 29.5.2006). Nach Klageabweisung vor dem SG Chemnitz (Gerichtsbescheid vom 22.2.2007) erklärte sich die Beklagte vor dem Sächsischen LSG im April 2008 vergleichsweise bereit, einen neuen Bescheid zu erteilen. Der Kläger nahm das Vergleichsangebot im Mai 2008 an. Mit Bescheid vom 27.10.2008 hob die Beklagte den Bescheid vom 7.3.2006 auf und stellte die Beschäftigungszeiten des Klägers vom 4.9.1967 bis 17.10.1976 sowie vom 1.9.1981 bis 30.6.1990 als Zeiten der Zugehörigkeit zur AVItech (Nr 1 der Anlage 1 zum AAÜG) einschließlich der dabei erzielten Arbeitsentgelte fest. Die Feststellung der Beschäftigungszeiten vom 18.10.1976 bis 31.8.1981 lehnte sie ab, weil der Kläger in diesem Zeitraum nicht ingenieurtechnisch tätig gewesen sei und damit die sachliche Voraussetzung nicht erfüllt habe. Den Überprüfungsantrag vom Januar 2013, JEP als zusätzliche Arbeitsentgelte zu berücksichtigen, lehnte die Beklagte ab. Der Zufluss sei weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht (Bescheid vom 5.4.2013, Widerspruchsbescheid vom 21.5.2013).

4

Das SG Chemnitz hat die Klage abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 24.9.2014). Auf die Berufung des Klägers hat das Sächsische LSG den Gerichtsbescheid abgeändert und die Beklagte "unter Aufhebung des Bescheides vom 5. April 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. Mai 2013 verurteilt, den Bescheid vom 27. Oktober 2008 dahingehend abzuändern, dass für die Jahre 1976, 1977 und 1982 bis 1990 weitere Arbeitsentgelte des Klägers wegen zu berücksichtigender Jahresendprämienzahlungen im Rahmen

der bereits festgestellten Zusatzversorgungszeiten der zusätzlichen Altersversorgung der technischen Intelligenz in den volkseigenen und ihnen gleichgestellten Betriebe" in bestimmter, bezifferter Höhe "zu berücksichtigen sind". Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 26.4.2016).

5

Zur Begründung hat das LSG 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 Werk tätige angehört habe, im Betriebskollektivvertrag vereinbart worden sei, der Werk tätige und sein Arbeitskollektiv die vorgesehenen Leistungskriterien in der festgelegten Mindesthöhe erfüllt hätten und der Werk tätige 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 fünf Sechsteln 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 1975, 1976 (teilweise), 1981 (teilweise) und 1982 bis 1989 vorgelegen hätten und ihm JEP in den jeweils nachfolgenden Zuflussjahren (1976, 1977 (teilweise), 1982 (teilweise) und 1983 bis 1990) tatsächlich gezahlt worden seien. Die konkrete Höhe der JEP habe der Kläger weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht. Hinsichtlich der Höhe werde jedoch von der Möglichkeit der Schätzung Gebrauch gemacht. Nach dem Urteil des BSG vom 4.5.1999 ([B 4 RA 6/99 R - SozR 3-8570 § 8 Nr 3](#)) dürfe und müsse das Gericht, wenn der Bezug (irgend-)einer JEP für die konkreten Beschäftigungsjahre dem Grunde nach glaubhaft gemacht worden sei, deren Höhe aber weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht werden könne, diese im Rahmen der konkreten Einzelfallwürdigung schätzen.

6

Die Befugnis hierzu ergebe sich aus [§ 202 SGG](#) iVm [§ 287 Abs 2, Abs 1 S 1 Alt 2 ZPO](#). Die Voraussetzungen dieser Normen seien hier gegeben. Bei der Feststellung weiterer Arbeitsentgelte handele 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 27.10.2008 festgestellt sei. Diese Anknüpfung sei vor allem deshalb gerechtfertigt, weil auch die staatlichen Prämienverordnungen für die Höhe der JEP an den durchschnittlichen Monatsverdienst anknüpfen. Von diesem Wert mache das Gericht einen Abzug in Höhe von 30 Prozent, weil die Höhe der jeweils an den Werk tätigen ausgezahlten JEP von einer Vielzahl verschiedener Faktoren abhängig gewesen sei, die im konkreten Einzelfall nicht mehr nachvollziehbar seien. Von dem danach geschätzten Betrag (70 Prozent) sei ein weiterer Abschlag in Höhe eines Sechstels als sachgerecht zu veranschlagen. Dieser zusätzliche Abschlag sei aus zwei Gründen gerechtfertigt: Zum einen wurde damit dem Umstand Rechnung getragen, dass der Kläger den Zufluss der JEP dem Grunde nach nicht nachgewiesen, sondern lediglich glaubhaft gemacht habe (Rechtsgedanke des § 6 Abs 6 AAÜG). Zum anderen sei dieser Abschlag auch wegen eines Erst-Recht-Schlusses gerechtfertigt: Wenn schon das Gesetz in § 6 Abs 6 AAÜG eine Berücksichtigung von fünf Sechsteln bei nur glaubhaft gemachter Höhe des weiteren Arbeitsentgelts vorsehe, dann müsse dies erst recht gelten, wenn die Höhe nicht einmal glaubhaft gemacht sei, sondern lediglich vom Gericht geschätzt werden könne. Das geschätzte Ergebnis (fünf Sechstel von 70 % = ca 58,33 %) nähere sich damit stark dem unter Bezugnahme auf verschiedene Betriebsprämienordnungen einzelner Betriebe angegebenen Mindestwert von JEP (60 %) an, was die Schätzung zusätzlich bestätige. Auf Grundlage dieser Schätzung ergäben sich für die Jahre 1975, 1976 (teilweise), 1981 (teilweise) und 1982 bis 1989 (und damit für die Zuflussjahre 1976, 1977 (teilweise), 1982 (teilweise) und 1983 bis 1990) die tenorierten JEP-Zahlungen.

7

Hinsichtlich des Beschäftigungsjahres 1974 (Zuflussjahr 1975) seien die rechtlichen Voraussetzungen für den Bezug einer JEP dagegen nicht erfüllt. Eine ggf auch für das Planjahr 1990 im Jahr 1991 zur Auszahlung gelangte JEP könne ebenfalls nicht berücksichtigt werden, weil sie nicht mehr AAÜG-relevant wäre.

8

Mit der vom Senat zugelassenen Revision (BSG Beschluss vom 6.10.2016 - B 5 RS 32/16 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 Tatumstände, 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 die Forderung dem Grunde nach begründenden Tatsachen (voll) erwiesen seien. Die vom LSG zitierte Entscheidung des BSG vom 4.5.1999 ([aaO](#)) 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.

9

Schließlich seien dem LSG bei der Art und Weise, wie es den Schätzungsvorgang gestalte, Verfahrensfehler unterlaufen. Sein "Schätzprocedere" sei unter verschiedenen Gesichtspunkten weder plausibel noch aus sich heraus verständlich.

10

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 26. April 2016 abzuändern und die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Chemnitz vom 24. September 2014 in vollem Umfang zurückzuweisen.

11

Der Kläger ist im Revisionsverfahren nicht vertreten.

II

12

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Das LSG hat der Berufung des Klägers gegen den klagabweisenden Gerichtsbescheid des SG unter Verletzung von Bundesrecht ([§ 162 SGG](#)) im Wesentlichen stattgegeben. Die angefochtenen Bescheide sind indes rechtmäßig und beschweren den Kläger nicht ([§ 54 Abs 2 S 1 SGG](#)). Die Beklagte ist nicht verpflichtet, unter teilweiser Rücknahme des Bescheids vom 27.10.2008 zusätzlich geschätzte JEP als weitere Arbeitsentgelte für die Zuflussjahre 1976, 1977 sowie 1982 bis 1990 vorzumerken. Dem Kläger steht kein entsprechender Anspruch auf Feststellung höherer Arbeitsverdienste zu.

13

Der Kläger 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 5.4.2013 und den Widerspruchsbescheid vom 21.5.2013 ([§ 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 4.9.1967 bis 17.10.1976 sowie vom 1.9.1981 bis 30.6.1990 im Bescheid vom 27.10.2008 zurückzunehmen und höhere Arbeitsentgelte unter Einbeziehung von JEP festzusetzen.

14

1. 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).

15

Da sich [§ 44 Abs 1 SGB X](#) nur auf solche bindenden Verwaltungsakte bezieht, die - anders als die feststellenden Verwaltungsakte im Bescheid vom 27.10.2008 - 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 27.10.2008, 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 erzieltes Arbeitsentgelt festzustellen.

16

2. 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.

17

3. 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 ist 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 ist 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).

18

4. 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 ist 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 Lütke, 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.

19

5. 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 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.

20

6. 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 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 (a) oder des sog formellen Rechts (b) greifen daneben nicht ein.

21

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 strengeren Beweismaßstab der Glaubhaftmachung nur die Möglichkeit einer begrenzten Berücksichtigung (zu fünf Sechsteln) ermöglicht hat.

22

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](#)).

23

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.

24

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 nach [§ 287 ZPO](#) beschränkt sich somit auf die Höhe nachgewiesener Forderungen; nur wenn und soweit allein die Forderungshöhe streitig ist, darf der Richter insofern Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen anstellen. Abgesehen davon käme es bei einer Anwendung der Norm im hier maßgeblichen Zusammenhang zu dem Problem, dass hinsichtlich des "Ob" des Zuflusses (Glaubhaftmachung iS einer überwiegenderen Wahrscheinlichkeit) und mit Blick auf die Höhe der Forderung (Schätzungswahrscheinlichkeit) 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](#)).

25

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.

26

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 unter Rücknahme der bisherigen Regelung weitere Arbeitsentgelte

unter Einbeziehung geschätzter JEP festsetzt.

27

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs 1 und 4 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2017-06-08