B 5 RS 10/16 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Dresden (FSS)
Aktenzeichen
S 2 RS 17/15
Datum
22.05.2015
2. Instanz
Sächsisches LSG
Aktenzeichen
L 5 RS 575/15
Datum
16.08.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 5 RS 10/16 R
Datum
23.03.2017
Kategorie
Urteil

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 16. August 2016 abgeändert und die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 22. Mai 2015 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 1940 geborene Kläger ist nach einem Hochschulstudium in der Fachstudienrichtung Fertigungstechnik seit dem 9.5.1968 berechtigt, die Berufsbezeichnung "Diplom-Ingenieur" zu führen. Nach weiterem Abendstudium an der Ingenieurschule für Elektronik und Informationsverarbeitung ist er seit 10.7.1970 befugt, die Berufsbezeichnung "Fachingenieur für Datenverarbeitung" zu führen. Entsprechend seiner beruflichen Qualifikation war er als Planungstechnologe (11.3.1968 bis 31.12.1976) und als Rationalisierungsingenieur (1.1.1977 bis 30.6.1990) jeweils im VEB T. bzw dem unmittelbaren Rechtsnachfolgebetrieb, dem VEB V. beschäftigt. Der Kläger erhielt zu Zeiten der DDR keine Versorgungszusage und war auch nicht in ein Zusatzversorgungswerk der Anlage 1 zum AAÜG einbezogen.

3

Mit Feststellungsbescheid vom 10.9.2004 stellte die Beklagte die Beschäftigungszeit des Klägers in der DDR vom 1.5.1968 bis 26.2.1983 und vom 9.4.1983 bis 30.6.1990 als Zeit der Zugehörigkeit zur AVItech (Nr 1 der Anlage zum AAÜG) einschließlich der dabei erzielten Arbeitsentgelte fest. Den Überprüfungsantrag vom 8.7.2014, JEP als zusätzliches Arbeitsentgelt zu berücksichtigen, lehnte die Beklagte ab. Dass und in welcher konkreten Höhe diese zugeflossen seien, sei weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht (Bescheid vom 17.10.2014, Widerspruchsbescheid vom 8.12.2014).

4

Das SG Dresden hat die Klage abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 22.5.2015). Auf die Berufung des Klägers hat das Sächsische LSG den Gerichtsbescheid abgeändert und die Beklagte "unter Aufhebung des Bescheides vom 17. Oktober 2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. Dezember 2014 verurteilt, den Bescheid vom 10. September 2004 dahin gehend abzuändern, dass für die Jahre 1977 bis 1979, 1981, 1982 und 1985 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 geschätzter und genau bezifferter Höhe "zu berücksichtigen sind". Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 16.8.2016). Es sei überwiegend wahrscheinlich und daher glaubhaft gemacht, dass dem Kläger für die Beschäftigungs- und Planjahre 1976 bis 1978, 1980, 1981 und 1984 bis 1989 (Zuflussjahre 1977 bis 1979, 1981, 1982 und 1985 bis 1990) Jahresendprämien tatsächlich zugeflossen seien, weil er gemäß § 117 Abs 1 des

Arbeitsgesetzbuches der DDR (AGB-DDR) vom 16.6.1977 (GBI I, 185) dem Grunde nach Anspruch auf Jahresendprämien gehabt habe. Denn die Zahlung von Jahresendprämien 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 1976 bis 1989 jeweils während des gesamten Planjahres nachweislich Angehöriger eines VEBs gewesen. Dagegen sei die konkrete Höhe der gezahlten Jahresendprämien weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht. Deshalb mache das Gericht von seiner Schätzbefugnis Gebrauch, die sich aus [§ 202 SGG](#) iVm [§ 287 Abs 2, Abs 1 S 1 ZPO](#) ergebe. Wie das BSG bereits in der Vergangenheit implizit bestätigt habe, handele es sich bei der Feststellung weiterer Arbeitsentgelte zumindest mittelbar und sekundär um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, weil 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 Grundlage der Berechnung der Höhe einer Leistung aus der gesetzlichen Rentenversicherung sei. Darüber hinaus sei die vollständige Aufklärung aller für die Berechnung der konkret zugeflossenen JEP-Beträge maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten iS von [§ 287 Abs 2 ZPO](#) 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, der im Feststellungsbescheid vom 10.9.2004 ausgewiesen sei. Denn bei der Jahresendprämie habe es sich um ein sog 13. Monatsgehalt in der (Mindest-)Höhe eines Bruttomonatslohns gehandelt, und ein anderer Ausgangswert sei nicht vorhanden, weil die Grundlagen der konkreten Leistungskennziffern gänzlich unbekannt seien. In diesen Fällen sei auch nach den maßgeblichen DDR-rechtlichen Regelungen von den im Betrieb üblichen Bedingungen auszugehen, wobei vergleichende Feststellungen der an andere Betriebsangehörige als Jahresendprämie gezahlte Beträge als Anhaltspunkte dienen könnten. Auch die maßgeblichen staatlichen Prämienverordnungen selbst hätten in ihren abstrakten Rahmenvorgaben hinsichtlich der Höhe der Jahresendprämie an den durchschnittlichen Monatsverdienst angeknüpft. Von diesem jährlichen Basiswert sei ein Abschlag iHv 30 % vorzunehmen, der dem Umstand Rechnung trage, dass die konkrete Höhe der jeweiligen jährlichen Jahresendprämien von einer Vielzahl von individuellen und kollektiven Faktoren abhängig gewesen sei, die rückschauend betrachtet in ihrer Gesamtheit nicht mehr im Einzelnen nachvollzogen werden könne. Von den somit zugrunde gelegten (geschätzten) 70 % eines monatlichen Bruttodurchschnittsverdienstes sei ein weiterer Abzug in Höhe eines Sechstels als sachgerecht zu veranschlagen, sodass im Ergebnis lediglich fünf Sechstel von 70 % zu berücksichtigen seien. Dieser zusätzliche Abschlag sei aus zwei Gründen gerechtfertigt: Zum einen werde damit dem Umstand Rechnung getragen, dass der Kläger den Zufluss der Jahresendprämie 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 Jahresendprämien (60 %) an, was die Schätzung zusätzlich bestätige. Auf Grundlage dieser Schätzung ergäben sich für die Jahre 1976 bis 1978, 1980, 1981, 1984 bis 1989 (und damit für die Zuflussjahre 1977 bis 1979, 1981, 1982, und 1985 bis 1990) die tenorierten JEP-Zahlungen.

5

Mit der vom LSG zugelassenen Revision 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 sei dem LSG ein Ermessensfehlergebrauch unterlaufen. Es habe die Grenzen richterlicher Beweiswürdigung verletzt, weil es zur Schätzung der Höhe der JEP nicht befugt gewesen sei. 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. Die Regelung des [§ 6 Abs 6 AAÜG](#) zur Glaubhaftmachung sei abschließend und eine Schätzung deshalb von vornherein ausgeschlossen, wie die Landessozialgerichte Mecklenburg-Vorpommern (Urteile vom 2.3.2016 - [L 7 R 311/12](#) sowie vom 18.2.2015 - [L 7 R 147/11](#) - Juris RdNr 50 f) und Berlin-Brandenburg (Urteil vom 28.4.2016 - [L 33 R 6/15](#) - Juris RdNr 49) bereits entschieden hätten. Das Berufungsgericht verkenne, dass sämtliche 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, worauf das LSG Berlin-Brandenburg (aaO, Juris RdNr 51) zu Recht hinweise. 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.

6

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 16. August 2016 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 22. Mai 2015 zurückzuweisen.

7

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

8

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet, sodass der Senat in der Sache selbst zu entscheiden hat (§ 170 Abs 2 S 1 SGG). Das LSG hat der Berufung des Klägers gegen den klagabweisenden Gerichtsbescheid des SG unter Verletzung von Bundesrecht (§ 162 SGG) überwiegend stattgegeben. Die angefochtenen Bescheide sind indes rechtmäßig und beschweren den Kläger nicht (§ 54 Abs 2 S 1 SGG). Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die bisherigen Höchstwertfestsetzungen von Arbeitsentgelten im Feststellungsbescheid vom 10.9.2004 zurückzunehmen und zusätzlich geschätzte JEP als weiteres Arbeitsentgelt für die Jahre 1976 bis 1978, 1980, 1981 und 1984 bis 1989 (Zulassungsjahre 1977 bis 1979, 1981, 1982 und 1985 bis 1990) vorzumerken. Denn dem Kläger steht kein entsprechender Anspruch auf Feststellung höherer Arbeitsverdienste zu.

9

Der Kläger begehrt im Wege der Kombination (§ 56 SGG) einer Anfechtungs- und mehrerer Verpflichtungsklagen (§ 54 Abs 1 S 1 Var 1 und 3 SGG), die Ablehnungsentscheidung im Bescheid vom 17.10.2014 und den Widerspruchsbescheid vom 8.12.2014 (§ 95 SGG) aufzuheben sowie die Beklagte zu verpflichten, die bestandskräftigen (§ 77 SGG) Verwaltungsakte (§ 31 S 1 SGB X) über die Festsetzung des jeweiligen Höchstbetrages seiner Arbeitsentgelte für die Zeiten vom 1.5.1968 bis 26.2.1983 und vom 9.4.1983 bis 30.6.1990 im Feststellungsbescheid vom 10.9.2004 zurückzunehmen und anstelle der alten Entgelthöchstbetragsregelungen jeweils eine neue Höchstbetragsregelung unter Einbeziehung von JEP festzusetzen. Da der Kläger das Berufungsurteil vom 16.8.2016 nicht angegriffen hat, soweit es seine Berufung zurückweist, ist der Gerichtsbescheid des SG Dresden vom 22.5.2015 insofern rechtskräftig (§ 141 Abs 1 SGG) und der Bescheid vom 17.10.2014 für die Beteiligten in der Sache insofern bindend (§ 77 SGG) geworden, als die Beklagte es abgelehnt hat, höhere Arbeitsentgelte festzusetzen, die über diejenigen hinausgehen, die im angefochtenen Urteil zugesprochen worden sind.

10

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).

11

Da sich § 44 Abs 1 SGB X nur auf solche bindenden Verwaltungsakte bezieht, die - anders als die feststellenden Verwaltungsakte im Feststellungsbescheid vom 10.9.2004 - 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 Feststellungsbescheid vom 10.9.2004, 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.

12

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.

13

3. Maßstabnorm, 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).

14

4. Für den Zufluss von Entgeltbestandteilen wie der sog 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.

15

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.

16

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 % 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 strengeren 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 ([B 4 RS 4/06 R](#) - [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 unter Rücknahme der bisherigen Regelung weitere Arbeitsentgelte unter Einbeziehung geschätzter JEP festsetzt.

23

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2017-06-21