B 5 RS 2/17 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Dresden (FSS)
Aktenzeichen
S 22 RS 1672/12
Datum
16.07.2015
2. Instanz
Sächsisches LSG
Aktenzeichen
L 5 RS 765/15
Datum
24.05.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 5 RS 2/17 R
Datum
01.06.2017
Kategorie
Urteil
Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 24. Mai 2016 abgeändert und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 16. Juli 2015 in vollem Umfang zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

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

2

Die im Jahre 1950 geborene Klägerin ist nach einem Studium in der Fachrichtung Informationsverarbeitung an der Ingenieurschule für Elektronik und Informationsverarbeitung G. seit dem 26.7.1972 berechtigt, die Berufsbezeichnung "Ingenieur" zu führen. Sie war vom 21.8.1972 bis 30.6.1990 (und darüber hinaus) als Anlagenbedienerin, Programmiererin, EDV-Organisatorin, Fachbearbeiterin für Rechentechnik, Fachgebietsverantwortliche für Rechentechnik und Abteilungsleiterin für Rechentechnik im volkseigenen Betrieb (VEB) G. beschäftigt. Die Klägerin erhielt zu Zeiten der DDR keine Versorgungszusage und war auch nicht in ein Zusatzversorgungssystem der Anlage 1 zum AAÜG einbezogen.

3

Mit Bescheid vom 7.10.2011 stellte die Beklagte Beschäftigungszeiten vom 21.8.1972 bis 30.6.1990 als "nachgewiesene Zeiten" der AVItech sowie die in diesem Zeitraum erzielten Arbeitsentgelte fest.

4

Auf den Überprüfungsantrag der Klägerin vom 15.2.2012 stellte die Beklagte erneut Beschäftigungszeiten vom 21.8.1972 bis 30.6.1990 als "nachgewiesene Zeiten" der AVItech sowie die in diesen Zeiträumen erzielten Arbeitsentgelte unter Berücksichtigung eines höheren Arbeitsentgelts für das Jahr 1982 in Gestalt einer Neuererprämie in Höhe von 595 Mark fest. Der Bescheid vom 7.10.2011 wurde, soweit er dem aktuellen Feststellungsbescheid entgegenstehe, aufgehoben (Bescheid vom 1.3.2012). Den Widerspruch der Klägerin, mit dem diese ua die zusätzliche Berücksichtigung von JEP-Zahlungen begehrte, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 30.8.2012 zurück. Der Zufluss von JEP sei weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht.

5

Das SG Dresden hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin nicht unter den Anwendungsbereich des AAÜG falle (Urteil vom 16.7.2015). Auf die Berufung der Klägerin hat das Sächsische LSG das Urteil des SG abgeändert und die Beklagte "unter Abänderung des Bescheides vom 7. Oktober 2011 in der Fassung des Bescheides vom 1. März 2012 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 30. August 2012 verurteilt,

für die Jahre 1973 bis 1990 weitere Arbeitsentgelte der Klägerin 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. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 24.5.2016). Zur Begründung hat das LSG ausgeführt:

6

Die Klägerin 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 Werktätige angehört habe, im Betriebskollektivvertrag vereinbart worden sei, der Werktätige und sein Arbeitskollektiv die vorgesehenen Leistungskriterien in der festgelegten Mindesthöhe erfüllt hätten und der Werktätige 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. Die Klägerin habe für die Beschäftigungsjahre 1972 bis 1989 (Zuflussjahre 1973 bis 1990) zwar nicht nachgewiesen, jedoch glaubhaft gemacht, dass die drei rechtlichen Voraussetzungen des § 117 Abs 1 AGB-DDR für den Bezug einer JEP vorgelegen hätten und ihr jeweils eine JEP tatsächlich gezahlt worden sei. Die konkrete Höhe der JEP habe die Klägerin weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht. Hinsichtlich der Höhe mache das Gericht jedoch von der Möglichkeit der Schätzung Gebrauch. 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.

7

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 in den Lohnbescheinigungen der Rhenus Office Systems GmbH vom 12.8.2010, also ohne die zusätzlichen und im Bescheid vom 7.10.2011 bereits berücksichtigten Belohnungen im Bergbau, ausgewiesen sei. Diese Anknüpfung sei vor allem deshalb gerechtfertigt, weil auch die staatlichen Prämienverordnungen für die Höhe der JEP an den durchschnittlichen Monatsverdienst anknüpften. Von diesem Wert mache das Gericht einen Abschlag in Höhe von 30 %, weil die Höhe der jeweils an den Werktätigen ausgezahlten JEP von einer Vielzahl verschiedener Faktoren abhängig gewesen sei, die im konkreten Einzelfall nicht mehr nachvollziehbar seien. Von dem danach geschätzten Betrag (70 %) sei ein weiterer Abzug in Höhe eines Sechstels als sachgerecht zu veranschlagen. Dieser zusätzliche Abschlag sei aus zwei Gründen gerechtfertigt: Zum einen werde damit dem Umstand Rechnung getragen, dass die Klägerin 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 1972 bis 1989 (und damit für die Zuflussjahre 1973 bis 1990) die tenorierten JEP-Zahlungen.

8

Soweit die Klägerin noch höhere Arbeitsentgelte sowie eine JEP auch für das "Zahlungsjahr" 1990 begehre, sei die Berufung unbegründet.

9

Mit der vom Senat zugelassenen Revision (Beschluss vom 15.12.2016 - B 5 RS 35/16 B) rügt die Beklagte im Wesentlichen die Verletzung von § 6 Abs 1 S 1, § 8 Abs 1 S 2 AAÜG. Das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft entschieden, dass die Beklagte weitere Arbeitsentgelte für die Beschäftigungsjahre 1972 bis 1989 (Zuflussjahre 1973 bis 1990) in Form von JEP feststellen müsse. Es habe für diese Feststellung unter Verstoß gegen Verfahrensgrundsätze von seiner Schätzoption (§ 202 SGG iVm § 287 Abs 2 und Abs 1 S 1 ZPO) Gebrauch gemacht. Der 5. Senat des BSG habe am 15.12.2016 (B 5 RS 2/16 R bis B 5 RS 9/16 R) in acht Revisionen der Beklagten mündlich verhandelt. Die dort zugrunde gelegten Sachverhalte seien der hier in Rede stehenden Fallgestaltung in jeder Hinsicht vergleichbar. Das BSG habe am 15.12.2016 klargestellt, dass Berufungsgerichte nicht ermächtigt seien, die Höhe der geltend gemachten JEP zu schätzen. Das LSG habe gegen diesen Rechtsgrundsatz verstoßen und damit rechtswidrig gehandelt.

10

Die Beklagte beantragt nach ihrem schriftlichen Vorbringen, das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 24. Mai 2016 abzuändern und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 16. Juli 2015 in vollem Umfang zurückzuweisen.

11

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

12

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Allenfalls müsse das LSG unter Beachtung des vom erkennenden Senat in den Urteilen vom 15.12.2016 (aaO) aufgestellten Maßstabs weitere Feststellungen zur Höhe des Arbeitsentgelts treffen.

II

13

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

14

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).

15

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.

16

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 indes 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.

17

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 1.3.2012 und den Widerspruchsbescheid vom 30.8.2012 (§ 95 SGG) abzuändern sowie die Beklagte zu verpflichten, die bestandskräftigen (§ 77 SGG) Verwaltungsakte (§ 31 S 1 SGB X) über die Festsetzung der Arbeitsentgelte für die Zeiten vom 21.8.1972 bis 30.6.1990 im Bescheid vom 7.10.2011 in der Fassung des Bescheids vom 1.3.2012 zurückzunehmen und höhere Arbeitsentgelte unter Einbeziehung von JEP festzusetzen.

18

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).

19

aa) Dem Bescheid vom 1.3.2012 ist unter Berücksichtigung seines Gesamttextes gerade noch hinreichend bestimmt (§ 33 Abs 1 SGB X) zu entnehmen, dass mit ihm ua der Antrag der Klägerin vom 15.2.2012 (Eingang 20.2.2012) auf teilweise Rücknahme des Bescheids vom 7.10.2011 und Anerkennung von JEP als weitere Arbeitsentgelte abgelehnt worden ist. Zwar trägt der Bescheid vom 1.3.2012 die Überschrift "Feststellungsbescheid" und führt wie der Erstfeststellungsbescheid vom 7.10.2011 die nachgewiesenen Zeiten der zusätzlichen AVItech vom 21.8.1972 bis 30.6.1990 einschließlich der in den einzelnen Jahren erzielten Arbeitsentgelte auf, wobei für das Jahr 1982 ein höheres Entgelt anerkannt sowie für die übrigen Jahre die bereits im Bescheid vom 7.10.2011 genannten Entgelte wiederholt werden. Unter der Rubrik "Vorbehalte und Erläuterungen" weist der Bescheid vom 1.3.2012 jedoch darauf hin, dass er aufgrund des Überprüfungsantrags vom 20.2.2012 (Eingangsdatum) erlassen ist und der Bescheid vom 7.10.2011 teilweise aufgehoben wird. Aus der Rubrik "Sondertatbestände" ergibt sich außerdem, dass das für das Jahr 1982 festgestellte höhere Arbeitsentgelt nicht auf der Anerkennung einer JEP für dieses Jahr beruht. Der im Vergleich zum Bescheid vom 7.10.2011 um 595 Mark erhöhte Betrag entspricht nach dem im Bescheid vom 1.3.2012 in Bezug genommenen Überprüfungsantrag der Klägerin vom 15.2.2012 der im Jahr 1982 gezahlten Neuererprämie.

20

bb) Nach § 44 SGB X 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 Verwaltungsakts "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).

21

Da sich § 44 Abs 1 SGB X nur auf solche bindenden Verwaltungsakte bezieht, die - anders als die feststellenden Verwaltungsakte im Bescheid vom 7.10.2011 in der Fassung des Bescheids vom 1.3.2012 - 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 der Klägerin 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 7.10.2011 in der Fassung des Bescheids vom 1.3.2012, 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.

22

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 Anlage 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.

23

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).

24

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 im Sinne 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 Lüdtke/Berchtold, SGG, 5. Aufl 2017, § 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 Breitkreuz/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 im noch anhängigen Umfang nicht zum Erfolg.

25

e) Zwar hat das LSG auf dieser Grundlage für den Senat bindend (§ 163 SGG) festgestellt, dass der Klägerin in den jeweils ausgeurteilten Zuflussjahren 1973 bis 1990 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; Spegel, MittLVA Württ 1996, 164 jeweils zu § 256c SGB VI). Zudem findet die einschneidende Rechtsfolge, die einen erheblichen Abschlag in Höhe von einem Sechstel 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.

26

f) 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).

27

Der Bindung des Senats an die Feststellungen des fehlenden Nachweises sowie der fehlenden Glaubhaftmachung der Höhe der JEP-Zahlungen steht die in der Revisionserwiderung sinngemäß erhobene Gegenrüge der Klägerin, das LSG habe diese Feststellungen verfahrensfehlerhaft getroffen, nicht entgegen. Die Gegenrüge muss entsprechend § 164 Abs 2 S 3 SGG die Tatsachen hinreichend deutlich bezeichnen, die den Verfahrensmangel ergeben (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl 2017, § 170 RdNr 4c). Die maßgeblichen Vorgänge müssen so genau angegeben werden, dass das Revisionsgericht sie ohne weitere Ermittlungen beurteilen kann (BSG Urteil vom 6.5.2009 - B 6 A 1/08 R - BSGE 103, 106 = SozR 4-2500 § 94 Nr 2, RdNr 77-78). Diesen Anforderungen ist nicht genügt.

28

Nach dem Verständnis des Senats macht die Klägerin mit ihrem Vorbringen, das Berufungsgericht hätte unter Beachtung der Urteile vom 15.12.2016 (aaO) weitere Feststellungen zur Höhe des Arbeitsentgelts (in Gestalt von JEP) treffen müssen, eine Verletzung des § 103 SGG geltend. Bei einem behaupteten Verstoß gegen die tatrichterliche Sachaufklärungspflicht ist indes darzulegen, aufgrund welcher Tatsachen sich das LSG ausgehend von seiner Rechtsauffassung zu welchen Ermittlungen mit welchen konkreten Beweismitteln hätte gedrängt fühlen müssen und zu welchem Ergebnis diese für erforderlich gehaltenen Ermittlungen geführt hätten (vgl BSG Urteil vom 3.7.2012 - B 1 KR 25/11 R - BSGE 111, 168 = SozR 4-2500 § 31 Nr 22, RdNr 29, 30-31 und Leitherer, aaO, § 164 RdNr 12a mit weiteren zahlreichen Nachweisen aus der Rspr). Hierzu fehlt jeder Vortrag.

29

Soweit das LSG die Höhe der JEP auf 58,33 % eines im jeweiligen Beschäftigungsvorjahr erzielten monatlichen Bruttodurchschnittsbetrags 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.

30

aa) § 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 von einem Sechstel 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.

31

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).

32

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 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.

33

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, 38. Aufl 2017, § 287 RdNr 7; Saenger, ZPO, 7. Aufl 2017, § 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 im Sinne einer überwiegenden 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 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).

34

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.

35

cc) Da die Höhe der glaubhaft erzielten JEP für die Zuflussjahre 1973 bis 1990 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 Regelungen weitere Arbeitsentgelte unter Einbeziehung geschätzter JEP für die genannten Jahre festsetzt.

36

3. Eine Zurückverweisung an das LSG gemäß § 170 Abs 2 S 2 SGG kommt nicht in Betracht. Die von der Klägerin nicht mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffenen und damit für den Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) ermöglichen eine abschließende Revisionsentscheidung. Besondere Umstände, die gleichwohl ausnahmsweise eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht wegen "Untunlichkeit" einer Entscheidung in der Sache erlaubten (vgl dazu Leitherer, aaO, § 170 RdNr 7 und 7b), sind nicht ersichtlich.

37

4. Mit der Abänderung des angefochtenen Urteils des LSG und der vollständigen Zurückweisung der Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG wird dieses rechtskräftig (vgl zum Meinungsstreit über den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft bei nicht verkündeten Entscheidungen BSG Beschluss vom 17.5.2016 - B 13 R 67/16 B - Juris RdNr 5 mwN), unabhängig davon, dass die Gründe der erstinstanzlichen Entscheidung nicht haltbar sind. Das SG übersieht, dass zwischen den Beteiligten aufgrund des Bescheides der Beklagten vom 7.10.2011 verbindlich feststeht (vgl § 77 SGG), dass die Klägerin unter den Anwendungsbereich des AAÜG fällt und diese Rechtsfrage daher nicht mehr wie bei einer Erstfeststellung zu prüfen ist.

38

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 und 4 SGG.
Rechtskraft
Aus
Login
BRD
Saved
2017-08-25