



Im Namen des Volkes

Verkündet am
22.3.2018

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 5 RS 8/17 R**

Sächsisches LSG 19.07.2016 - L 5 RS 736/15

SG Leipzig 23.06.2015 - S 27 RS 628/12

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

g e g e n

Deutsche Rentenversicherung Bund
- Versorgungsträger für die Zusatzversorgungssysteme -,
Hirschberger Straße 4, 10317 Berlin,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 5. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dr. B e r c h t o l d , die Richterin Dr. G ü n n i k e r und den Richter Dr. K o l o c z e k sowie die ehrenamtlichen Richter v a n N i e u w e n b o r g und Dr. H o h n für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden die Urteile des Sächsischen Landessozialgerichts vom 19. Juli 2016 und des Sozialgerichts Leipzig vom 23. Juni 2015 insoweit aufgehoben, als die Beklagte verurteilt worden ist, Jahresendprämien für die Zuflussjahre 1983 und 1985 als weitere Arbeitsentgelte zu berücksichtigen.

Die Klage wird auch insofern abgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger dessen außergerichtliche Kosten in dem sozialgerichtlichen Verfahren zu 2/3 und im Berufungsverfahren zur Hälfte zu erstatten. Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten im Zugunstenverfahren noch über die Feststellung weiterer Arbeitsentgelte in Gestalt jährlicher Jahresendprämien (JEP) für Zeiten der Zugehörigkeit des Klägers zur zusätzlichen Altersversorgung der technischen Intelligenz (AVItech) in den Beschäftigungsjahren 1982 und 1984 (Zuflussjahre 1983 und 1985).
- 2 Dem im Jahre 1936 geborenen Kläger wurde nach einem Hochschulstudium in der Fachrichtung Konstruktiver Ingenieurbau an der Hochschule für Bauwesen C. mit Urkunde vom 27.2.1961 der akademische Grad "Diplomingenieur" verliehen. Der Kläger war vom 4.4.1961 bis 31.10.1978 als Statiker und Abteilungsleiter im volkseigenen Betrieb (VEB) D. , vom 1.11.1978 bis 31.8.1983 als Problemanalytiker im VEB M. sowie vom 1.9.1983 bis 30.6.1990 (und darüber hinaus) als Statiker im VEB B. beschäftigt. Er erhielt zu Zeiten der DDR keine Versorgungszusage und war auch nicht in ein Zusatzversorgungssystem der Anlage 1 zum AAÜG einbezogen.
- 3 Nach einem vorangegangenen, mit einem Anerkenntnis der Beklagten vom 30.6.2003 endenden Rechtsstreit stellte diese mit eigenständigem Bescheid vom 10.5.2004 Beschäftigungszeiten des Klägers vom 4.4.1961 bis 30.6.1990 als "nachgewiesene Zeiten" der AVItech sowie die in diesem Zeitraum erzielten Arbeitsentgelte fest.
- 4 Mit Antrag vom 16.7.2008 begehrte der Kläger die Berücksichtigung von JEP und anderen Sonderzahlungen als Arbeitsentgelt. Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 22.2.2010 ab.
- 5 Mit Schreiben vom 28.3.2010 (Eingang 30.3.2010) reichte der Kläger bei der Beklagten Lohnunterlagen ein und führte aus, er habe jedes Jahr JEP in Höhe von einem einfachen bis zum doppelten Monatsbruttogehalt erhalten. Zur Höhe der JEP besitze er keine Nachweise. Die Beklagte wertete das Schreiben des Klägers als Überprüfungsantrag, den sie nach erfolglosen Ermittlungen bei den Rechtsnachfolgern der damaligen Beschäftigungsbetriebe sowie der Archivfirma GmbH mit Bescheid vom 30.5.2011 ablehnte. Der Widerspruch des Klägers war erfolglos. Mit Widerspruchsbescheid vom 11.5.2012 wies die Beklagte darauf hin, der Zufluss von JEP sei weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht. Zudem könne die Höhe von JEP des Einzelnen ohne entsprechende Unterlagen nicht mehr nachvollzogen werden.
- 6 Mit Urteil vom 23.6.2015 hat das SG Leipzig die Beklagte unter Abänderung der Bescheide vom 22.2.2010 und 30.5.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.5.2012 verurteilt,

gezahlte JEP und Exportprämien in den Jahren 1979 und 1982 bis 1990 als weitere Arbeitsentgelte anzuerkennen. Mit der hiergegen eingelegten Berufung hat sich die Beklagte zunächst gegen die Berücksichtigung der für die Jahre 1979, 1982 bis 1986 und 1990 geschätzten JEP-Beträge gewandt. Während des Berufungsverfahrens hat sie die ausgeurteilten JEP für die Jahre 1982, 1986 und 1990 "außer Streit gestellt". Mit Urteil vom 19.7.2016 hat das Sächsische LSG unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen das Urteil des SG Leipzig insoweit aufgehoben, als die Berücksichtigung von JEP für die Zuflussjahre 1979 und 1984 als weiteres Arbeitsentgelt ausgeurteilt worden sei und die diesbezügliche Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

7 Hinsichtlich der Zuflussjahre 1979 und 1984 sei die Berufung der Beklagten begründet, hinsichtlich der Zuflussjahre 1983 und 1985 hingegen unbegründet. Der Kläger habe für diese Jahre einen Anspruch auf Feststellung der JEP als weitere Arbeitsentgelte. 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 für die Beschäftigungsjahre 1982 und 1984 (Zuflussjahre 1983 und 1985) 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 ihm jeweils eine JEP tatsächlich gezahlt worden sei. Die konkrete Höhe der JEP habe der Kläger weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht. Hinsichtlich der Höhe habe das SG jedoch zu Recht 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.

8 Die Befugnis hierzu ergebe sich aus § 202 SGG iVm § 287 Abs 2, Abs 1 S 1 ZPO. Die Voraussetzungen dieser Normen seien 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 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 JEP-Höhe jeweils den im Planjahr erzielten durchschnittlichen Monatslohn zugrunde. Dieser sei im Feststellungsbescheid der Beklagten vom 10.5.2004, basierend auf den Lohnnachweisen und Lohnauskünften des ehemaligen Beschäftigungsbetriebes bzw der die Lohnunterlagen verwaltenden Stelle, jeweils ausgewiesen. Diese Anknüpfung sei auch deshalb gerechtfertigt, weil die staatlichen Prämienverordnungen für die Höhe der JEP an den durchschnittlichen Monatsverdienst anknüpften. Von diesem Wert sei ein Abschlag iHv 30 Prozent vorzunehmen, weil die Höhe der jeweiligen JEP von einer Vielzahl verschiedener Faktoren abhängig gewesen sei, die rückschauend im Einzelfall nicht mehr nachvollziehbar seien. Von dem danach geschätzten Betrag (70 Prozent) 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 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 Prozent = ca 58,33 Prozent) nähere sich damit stark dem unter Bezugnahme auf verschiedene Betriebsprämienordnungen einzelner Betriebe angegebenen Mindestwert von JEP (60 Prozent) an, was die Schätzung zusätzlich bestätige.

- 9 Mit der vom Senat zugelassenen Revision (*Beschluss vom 23.3.2017 - B 5 RS 47/16 B*) rügt die Beklagte im Wesentlichen die Verletzung von § 6 Abs 1 S 1, § 8 Abs 1 S 2 AAÜG. Das Berufungsgericht habe dem Kläger rechtsfehlerhaft für die Beschäftigungsjahre 1982 und 1984 (Zuflussjahre 1983 und 1985) geschätzte JEP zugesprochen bzw die vom SG in dessen Urteil schon unrichtig im Wege der Schätzung errechneten JEP bestätigt. Das Berufungsgericht habe ausgeführt, die vom SG vorgenommene Schätzung sei statthaft, wobei sich die Befugnis hierzu aus § 202 SGG iVm §§ 287 Abs 2, 287 Abs 1 S 1 ZPO ergebe. Im Gegensatz hierzu habe das BSG in seinen Urteilen vom 15.12.2016 (*ua B 5 RS 4/16 R - SozR 4-8570 § 6 Nr 7, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen*) und 23.3.2017 (*ua B 5 RS 15/16 R - Juris*) ausgeführt, dass die prozessuale Schätzbefugnis gemäß § 287 ZPO von vornherein nicht eingreife. Das LSG sei damit von rechtlich unzutreffenden Annahmen ausgegangen.

- 10 Die Beklagte beantragt,
die Urteile des Sächsischen Landessozialgerichts vom 19. Juli 2016 und des Sozialgerichts Leipzig vom 23. Juni 2015 aufzuheben, soweit sie verurteilt worden ist, Jahresendprämien für die Zuflussjahre 1983 und 1985 zu berücksichtigen, und die Klage auch insofern abzuweisen.
- 11 Der Kläger hat sich im Revisionsverfahren nicht geäußert.

II

- 12 Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Das LSG hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG hinsichtlich der noch streitigen Jahre unter Verletzung von Bundesrecht (§ 162 SGG) zurückgewiesen.
- 13 1. Soweit sich die Klage gegen den Bescheid vom 22.2.2010 richtet, ist sie bereits unzulässig. Dem Kläger fehlt diesbezüglich ein Rechtsschutzbedürfnis. Die Aufhebung des Bescheides vom 22.2.2010 ist nicht erforderlich, um die vom Kläger begehrte höhere Festsetzung der im Bescheid vom 10.5.2004 festgestellten Arbeitsentgelte erreichen zu können. Die Regelungswirkung des Bescheides vom 22.2.2010 erschöpft sich in der Ablehnung des Überprüfungsantrags vom 16.7.2008 und berührt im Übrigen das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht.
- 14 2. Der Bescheid vom 30.5.2011 und der Widerspruchsbescheid vom 11.5.2012 sind hinsichtlich der noch streitigen Jahre rechtmäßig und beschweren den Kläger nicht (§ 54 Abs 2 S 1 SGG). Die Beklagte ist nicht verpflichtet, für die Beschäftigungsjahre 1982 und 1984 (Zuflussjahre 1983 und 1985) zusätzlich geschätzte JEP als weitere Arbeitsentgelte vorzumerken.
- 15 Der Kläger begehrt, den Bescheid vom 30.5.2011 und den Widerspruchsbescheid vom 11.5.2012 (§ 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 4.4.1961 bis 30.6.1990 im Bescheid vom 10.5.2004 zurückzunehmen und höhere Arbeitsentgelte unter Einbeziehung von JEP festzusetzen.
- 16 a) Die 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*).
- 17 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 Wir-

kung 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*).

- 18 Da sich § 44 Abs 1 SGB X nur auf solche bindenden Verwaltungsakte bezieht, die - anders als die feststellenden Verwaltungsakte im Bescheid vom 10.5.2004 - 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 Bescheid vom 10.5.2004, 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 erzielt festzustellen.
- 19 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 bekanntzugeben. Diese Mitteilung hat ua "das tatsächlich erzielte Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen" (= Arbeitsverdienste) zu enthalten.
- 20 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 (*BGBI 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*).

- 21 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 10 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, 123 = 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 Lüdtker/Berchtold, SGG, 5. Aufl 2017, § 128 RdNr 13 ff; Höfling/Rixen in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl 2014, § 108 RdNr 87; Kopp/Schenke, VwGO, 23. Aufl 2017, § 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.

- 22 e) Zwar hat das LSG auf dieser Grundlage für den Senat bindend (§ 163 SGG) festgestellt, dass dem Kläger in den noch streitigen Zuflussjahren 1983 und 1985 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 Verdiensteils sowohl auf dessen Höhe als auch auf dessen Zufluss oder auf beides zu beziehen, während der Nachweis des übrigen Verdiensteils 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 Verdiensteils 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 Verdiensteils 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.

- 23 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*).
- 24 Soweit das LSG die Höhe der JEP auf 58,33 % eines im jeweiligen Beschäftigungsvorjahr erzielten monatlichen Durchschnittsbetrags geschätzt hat, ist der Senat an diese weitergehenden Feststellungen (§ 163 SGG) nicht gebunden. Denn das Berufungsgericht geht insofern von rechtlich unzutreffenden Annahmen hinsichtlich des Beweismaßes aus, die der sachlichen Prüfung durch das BSG unterliegen. Das AAÜG enthält jedenfalls für Fälle der vorliegend zur Entscheidung stehenden Art abschließende Regelungen zu Möglichkeiten und Folgen einer Beweiserleichterung hinsichtlich der Höhe des zugrunde zu legenden Verdienstes. Zusätzliche Beweiserleichterungen des materiellen (aa) oder des sog formellen Rechts (bb) greifen daneben nicht ein.

- 25 (aa) § 6 Abs 6 AAÜG erlaubt es dem Versicherten ausnahmsweise, die Höhe eines 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.
- 26 Auch aus § 6 Abs 5 AAÜG iVm § 256b Abs 1 und § 256c Abs 1 und 3 S 1 SGB VI ergibt sich keine materiell-rechtliche Schätzbefugnis. Rechtsfolge einer fehlenden Nachweismöglichkeit des Verdienstes ist hiernach stets die Ermittlung eines fiktiven Verdienstes nach Tabellenwerten, nicht jedoch die erleichterte Verdienstfeststellung im Wege der Schätzung im Sinne einer Überzeugung von der bloßen Wahrscheinlichkeit bestimmter Zahlenwerte. Insofern kann offenbleiben, ob Abs 5 überhaupt neben Abs 6 zur Anwendung kommen kann (*idS BT-Drucks 13/2590 S 33*).
- 27 (bb) Die prozessuale Schätzbefugnis gemäß § 287 ZPO, die nach § 202 S 1 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren lediglich subsidiär und "entsprechend" anzuwenden ist (*vgl zB BSG Urteile vom 14.7.1988 - 11/7 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.

- 28 Aber selbst wenn man § 287 ZPO in Fällen der vorliegenden Art für anwendbar hält, scheidet eine Schätzung gemäß § 287 Abs 1 ZPO schon mangels "Schadens" von vornherein aus. Schließlich sind auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 287 Abs 2 ZPO nicht erfüllt. Denn diese Norm greift - als Ausnahme von den Grundsätzen in § 286 ZPO und § 128 Abs 1 S 1 SGG - nur ein, wenn eine "Forderung" dem Grunde nach mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit besteht, dh im Vollbeweis belegt ist, und nur noch ihre "Höhe ... streitig ist" (vgl *BSG Urteil vom 28.5.2003 - B 3 P 6/02 R - SozR 4-3300 § 15 Nr 1 RdNr 12; BGH Urteile vom 17.12.2014 - VIII ZR 88/13 - NJW 2015, 934 = 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, 15. Aufl 2018, § 287 RdNr 11; Greger in Zöller, ZPO, 32. Aufl 2018, § 287 RdNr 1; Thole in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl 2018, § 287 RdNr 12 und 28; Prütting in Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl 2016, § 287 RdNr 20; Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 39. Aufl 2018, § 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).*
- 29 Fragestellungen zur Ermittlung und Feststellung des tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts in Kalenderjahren mit Arbeitsausfalltagen, die der Entscheidung des 4. Senats in seinem Urteil vom 4.5.1999 (*B 4 RA 6/99 R - SozR 3-8570 § 8 Nr 3*) zugrunde liegen, waren vorliegend nicht zu beantworten. In diesem Fall ebenso wie in dem Urteil vom 23.8.2007 (*B 4 RS 4/06 R - SozR 4-8570 § 6 Nr 4*) ging es dem Grunde nach um nachgewiesene Zahlungen.

- 30 (cc) Da die Höhe der glaubhaft erzielten JEP für die Zuflussjahre 1983 und 1985 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 Regelungen weitere Arbeitsentgelte unter Einbeziehung geschätzter JEP für die genannten Jahre festsetzt.
- 31 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 und 4 SGG.