



Im Namen des Volkes

Verkündet am
28. Juni 2018

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 5 RS 7/17 R**

Sächsisches LSG 19.07.2016 - L 5 RS 706/12

SG Dresden 13.09.2012 - S 16 RS 304/10

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

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 28. Juni 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 ehrenamtliche Richterin K a n d r a s c h o w und den ehrenamtlichen Richter Dr. B u r d e n s k i für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 19. Juli 2016 geändert, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, Jahresendprämien für die Zuflussjahre 1974 bis 1989 zu berücksichtigen. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 13. September 2012 wird auch insofern zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger ein Drittel seiner außergerichtlichen Kosten im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren zu erstatten. Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

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 1944 geborene Kläger ist berechtigt, aufgrund der Abschlussprüfung an der Ingenieurschule für Energiewirtschaft Z. seit 15.7.1967 den Titel "Ingenieurökonom (Energie)" und nach der Prüfung an der Technischen Universität Dresden seit 31.8.1973 die Berufsbezeichnung "Hochschulingenieur" zu führen. In dem ursprünglich streitigen Zeitraum ab April 1970 war er als Objekt-Ingenieur für 110 KV-Anlagen, ab 15.12.1972 als Gruppenleiter Rationalisierung und Plan-Wi-Technik und von Januar 1976 bis zum 30.6.1990 als Ingenieur für Erzeugnisgruppenarbeit im Volkseigenen Betrieb (VEB) E. tätig.
- 3 Mit Bescheid vom 14.1.2004 stellte die Beklagte die Zeit vom 4.9.1967 bis 30.6.1990 als Zeit der Zugehörigkeit zur AVItech sowie die in diesem Zeitraum erzielten Arbeitsentgelte fest.
- 4 Mit Schreiben vom 22.12.2007 beehrte der Kläger die Berücksichtigung weiterer Arbeitsentgelte in Gestalt von JEP. Hierzu legte er ein Schreiben der E. AG vom 25.3.2008 vor, nach dem JEP durch ihre Rechtsvorgänger bis einschließlich 1991 (davon 1990 und 1991 als Jahresgeld) jährlich gezahlt worden seien. Grundlage der individuellen Zahlung sei der Monatsverdienst, errechnet aus dem durchschnittlichen Jahresverdienst gewesen, wobei die JEP zwischen 85 % und 105 % betragen habe. Unterlagen zur individuellen Höhe lägen nicht vor. Darüber hinaus hätten die Beschäftigten jährliche Treueprämien auf der Grundlage der Rahmenkollektivverträge Bergbau und Energie, die zwischen dem Ministerium für Kohle und Energie sowie dem Zentralvorstand der Industriegewerkschaft abgeschlossen worden seien, erhalten. Anspruchsvoraussetzung sei eine mindestens zweijährige ununterbrochene Betriebszugehörigkeit gewesen. Die letztmalige Zahlung sei im Juni 1992 für 1991 erfolgt. Ferner legte der Kläger zwei Schreiben vom 22.4.1970 bzw 13.3.1973 zur Zahlung von Treueprämien "für ununterbrochene Beschäftigungsdauer der Intelligenz" iHv 5 % bzw 8 % ab dem 1.4.1970 bzw 1.4.1973 vor.
- 5 Die Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 28.10.2009 und bestätigendem Widerspruchsbescheid vom 4.2.2010 ab. Der Zufluss von JEP und Treueprämien sei weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht.
- 6 Auf die hiergegen erhobene Klage hat das SG Dresden die Beklagte mit Urteil vom 13.9.2012 unter Abänderung der angefochtenen Bescheide verurteilt, den Bescheid vom 14.1.2004 zu ändern und einmalig gezahltes Arbeitsentgelt in Gestalt von Treueprämien iHv 5 %, bezogen auf

den jeweiligen Jahresbruttolohn für die Zeit ab dem 1.4.1970 sowie iHv 8 %, bezogen auf den jeweiligen Jahresbruttolohn für die Zeit ab 1.4.1973 als glaubhaft gemachten Teil des Verdienstes zu fünf Sechsteln zu berücksichtigen. Hinsichtlich der zusätzlich begehrten Feststellung von JEP als weitere Arbeitsentgelte hat es die Klage abgewiesen.

- 7 Hiergegen haben beide Beteiligte Berufung eingelegt. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 30.12.2014 das von ihr eingelegte Rechtsmittel auf ihre Verurteilung zur Berücksichtigung von Treueprämien für die Zeit vom 1.4.1970 bis 31.12.1979 beschränkt. Der Kläger hat mit Schreiben vom 25.1.2015 klargestellt, dass er nur noch Treueprämien für die Zeit vom 1.4.1970 bis 31.1.1978 und vom 1.1.1980 bis 30.6.1990 begehrt.
- 8 Mit Urteil vom 19.7.2016 hat das LSG die angefochtene erstinstanzliche Entscheidung geändert und die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, unter Abänderung des Bescheides vom 14.1.2004 Treueprämien für die Zeit vom 1.4.1970 bis 31.12.1979 als glaubhaft gemachten Teil des Verdienstes zu fünf Sechsteln zu berücksichtigen. Ferner hat das LSG die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide verurteilt, den Bescheid vom 14.1.2004 abzuändern und zugunsten des Klägers für die Zuflussjahre 1974 bis 1989 weitere Arbeitsentgelte in Gestalt von JEP im Rahmen der bereits festgestellten Zeiten der Zugehörigkeit zur AVltech in bestimmter jährlicher (im Tenor bezifferter Höhe) festzustellen. Im Übrigen hat es die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Berufungsgericht im Wesentlichen ausgeführt:
- 9 Die Berufung der Beklagten sei begründet. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Berücksichtigung zusätzlicher Arbeitsentgelte in Form von Treueprämien für den noch streitigen Zeitraum 1.4.1970 bis 31.1.1978. Die Berufung des Klägers sei zu einem großen Teil begründet. Ihm stehe ein Anspruch auf Feststellung der JEP als weitere Arbeitsentgelte in dem tenorierten Umfang zu. 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 Kläger 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 von § 6 Abs 6 AAÜG abgeleitet werden. Danach werde, wenn ein Teil des Verdienstes nachgewiesen und der andere glaubhaft gemacht werde, der glaubhaft

gemachte Teil des Verdienstes zu fünf Sechsteln berücksichtigt. Der Kläger habe glaubhaft gemacht, dass die drei rechtlichen Voraussetzungen des § 117 Abs 1 AGB-DDR für den Bezug einer JEP vorgelegen hätten. Der Zufluss von JEP in den Jahren 1974 bis 1989 (für die Beschäftigungsjahre 1973 bis 1988) sei zwar nicht nachgewiesen, jedoch ebenfalls glaubhaft gemacht. Die Höhe der JEP habe der Kläger weder nachweisen noch glaubhaft machen können. Der Senat mache insoweit von der Möglichkeit der Schätzung Gebrauch.

- 10 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 handle es sich zumindest mittelbar um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Zwar sei der prozessuale Anspruch unmittelbar nicht auf Geld, sondern auf die Feststellung erzielter Arbeitsentgelte gerichtet. Eine vermögensrechtliche Streitigkeit liege jedoch auch dann vor, wenn der prozessuale Anspruch auf einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis beruhe, das auf Gewinn oder Erhaltung von Geld oder geldwerten Gegenständen gerichtet sei. Dies sei hier der Fall, weil die von der Beklagten festzustellenden Entgelte Grundlage für die Höhe des Anspruchs auf Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung und damit einer Geldforderung seien. Die vollständige Aufklärung der für die Berechnung der konkret zugeflossenen JEP-Beträge maßgebenden Umstände sei zudem mit Schwierigkeiten verbunden, die zur Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stünden.
- 11 Bei der gebotenen Schätzung lege das Gericht als jährlichen Basiswert der JEP-Höhe den im jeweiligen Planjahr erzielten durchschnittlichen Bruttomonatslohn zugrunde, der sich aus dem Bescheid der Beklagten vom 14.1.2004 ergebe. Diese Anknüpfung sei vor allem deswegen gerechtfertigt, weil die staatlichen Prämienverordnungen für die Höhe der JEP an den durchschnittlichen Monatsverdienst anknüpfen. Von diesem Wert sei ein Abschlag von 30 % vorzunehmen, weil die Höhe der jeweils an den Werkträgern ausgezahlten JEP von einer Vielzahl verschiedener Faktoren abhängig gewesen sei, die im konkreten Einzelfall nicht mehr nachvollziehbar seien. Von dem danach geschätzten Betrag sei ein weiterer Abschlag in Höhe eines Sechstels sachlich gerechtfertigt, weil der Kläger bereits den Zufluss der JEP lediglich habe glaubhaft machen können. Dies folge aus dem Rechtsgedanken des § 6 Abs 6 AAÜG, wonach der glaubhaft gemachte Teil eines Verdienstes nur in dieser Höhe berücksichtigt werde. Dies müsse erst recht gelten, wenn lediglich der Zufluss des Verdienstes glaubhaft gemacht worden sei. Auf der Grundlage dieser Schätzung ergäben sich für die Jahre 1973 bis 1988 (und damit für die Zuflussjahre 1974 bis 1989) die tenorierten JEP-Zahlungen. Soweit der Kläger darüber hinaus die Feststellung noch höherer Arbeitsentgelte begehre, sei die Berufung unbegründet.
- 12 Mit der vom Senat zugelassenen Revision (*Beschluss vom 23.3.2017 - B 5 RS 51/16 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 1973 bis 1988 (Zuflussjahre 1984 bis 1989)" geschätzte JEP zugesprochen. Das LSG habe bei nur glaubhaft gemachtem Zufluss von JEP deren Höhe gemäß § 287 ZPO geschätzt. Im Gegensatz hierzu

habe das BSG in seinen Urteilen vom 15.12.2016 (*ua B 5 RS 4/16 R - BSGE 122, 197 = SozR 4-8570 § 6 Nr 7*) und 23.3.2017 (*ua B 5 RS 15/16 R - Juris*) ausgeführt, dass die prozessuale Schätzbefugnis gemäß § 287 ZPO bei der hier vorliegenden Sachverhaltskonstellation von vornherein nicht eingreife. Das LSG sei damit von rechtlich unzutreffenden Annahmen ausgegangen und sei von den genannten Entscheidungen des BSG tragend abgewichen.

- 13 Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 19. Juli 2016 zu ändern, soweit sie verurteilt worden ist, Jahresendprämien für die Zuflussjahre 1974 bis 1989 zu berücksichtigen, und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 13. September 2012 auch insofern zurückzuweisen.
- 14 Der Kläger beantragt,
die Revision der Beklagten zurückzuweisen.
- 15 Er ist der Ansicht, die Revision sei teilweise bereits unzulässig.
- 16 Die Beklagte habe das Berufungsurteil nur insoweit angegriffen, als sich die Feststellungen des LSG auf das Einkommen des Klägers in den Jahren 1984 bis 1989 bezögen. Das Berufungsgericht habe die Beklagte jedoch verpflichtet, auch die dem Kläger in den Jahren 1974 bis 1983 zugeflossenen JEP als weitere Arbeitsentgelte zu berücksichtigen. Weshalb die Entscheidung des LSG insoweit rechtsfehlerhaft sein solle, gebe die Beklagte nicht an, sodass es diesbezüglich an einer Revisionsbegründung fehle.
- 17 Zumindest aber sei die Revision der Beklagten insgesamt unbegründet.
- 18 Dass der Kläger in den Jahren 1974 bis 1989 eine JEP erhalten habe, sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, also im Vollbeweis belegt. Dies habe das LSG verkannt. Die Voraussetzungen des § 117 AGB-DDR und der tatsächliche Zufluss der JEP in den genannten Jahren seien durch das Schreiben der E. AG vom 25.3.2018, der Rechtsnachfolgerin des VEB E. , den für den ehemaligen Beschäftigungs-VEB des Klägers geltenden Rahmentarifvertrag, die Zeugen G. und K. sowie den Ausweis für Arbeit und Sozialversicherung des Klägers nachgewiesen. Damit sei der Weg für eine Schätzung nach § 202 SGG iVm § 287 ZPO zulässig.
- 19 Sollte man hingegen lediglich von einer Glaubhaftmachung des Zuflusses der JEP in den streitigen Jahren ausgehen, hätte das LSG gegen § 103 SGG verstoßen. In diesem Fall hätte das Berufungsgericht den einschlägigen Betriebskollektivvertrag anfordern müssen, um abzuklären, ob es einschränkende oder erweiternde Tatbestandsvoraussetzungen für den Erhalt der JEP in dem Betrieb des Klägers gegeben habe, um dann prüfen zu können, ob die konkreten Voraussetzungen durch den Kläger erfüllt würden. Wie sich aus der Gerichtsakte ergebe, habe sich

das LSG nicht um den einschlägigen Betriebskollektivvertrag bemüht. Darüber hinaus hätte es die Zeugen G. und K. persönlich anhören müssen, um durch gezielte Nachfragen weiter zu erforschen, welche konkreten Wahrnehmungen die Zeugen in Bezug auf die Auszahlung einer JEP in den Jahren 1974 bis 1990 an den Kläger gemacht hätten.

- 20 Abgesehen davon habe der Kläger auch die Höhe der JEP nachgewiesen, zumindest aber glaubhaft gemacht. Aufgrund der Angaben der E. AG in ihrem Schreiben vom 25.3.2008 sei zumindest glaubhaft gemacht worden, dass die im Betrieb des Klägers gezahlten JEP stets mindestens 85 % des individuellen durchschnittlichen Monatsverdienstes betragen hätten. Der individuelle durchschnittliche Monatsverdienst des Klägers in den Jahren 1973 bis 1989 ergebe sich aus seinem Ausweis für Arbeit und Sozialversicherung, sodass jedenfalls der Mindestbetrag der JEP, die dem Kläger in den einzelnen Jahren zugeflossen seien, festgestellt werden könne. Das LSG habe rechtsfehlerhaft verkannt, dass der Kläger die Höhe der ihm zugeflossenen JEP zumindest glaubhaft gemacht habe. Im Übrigen wäre aufgrund der sich aus § 103 SGG ergebenden Verpflichtung zu prüfen, ob die konkrete Mindesthöhe der jährlichen JEP nicht doch ermittelt werden könne, wenn man meine, der Kläger hätte die Höhe nicht nachgewiesen. Das LSG habe nicht alle zumutbaren und zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft. Sollte man der Auffassung sein, dass das Schreiben der E. AG vom 25.3.2008 keine definitive Aussage zur Höhe der im Betrieb gezahlten JEP enthalte, hätte sich das LSG an das Unternehmen wenden und dieses auffordern müssen, die Angaben näher zu verifizieren und nach Möglichkeit zu belegen. Es sei nicht auszuschließen, dass die E. AG aufgrund der sich in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen weitere, noch konkretere Angaben zur Höhe der gezahlten JEP hätte machen können. Der Kläger gehe davon aus, dass es bei der E. AG zumindest Unterlagen gebe, aus denen sich die im Betrieb jährlich gezahlten JEP ergäben.

II

- 21 1. Die Revision der Beklagten ist zulässig.
- 22 Das Rechtsmittel ist entgegen der Ansicht des Klägers hinsichtlich der gesamten streitigen Zuflussjahre 1974 bis 1989 entsprechend den Anforderungen des § 164 Abs 2 S 3 SGG begründet. Die Beklagte hat ausweislich ihres Antrags das Urteil des LSG angefochten, soweit dem Kläger für die Zuflussjahre 1974 bis 1989 geschätzte JEP zugesprochen worden sind. Die gegen die Richtigkeit der Berufungsentscheidung vorgebrachten Gründe, das LSG habe sich in Divergenz zu den Urteilen des Senats vom 15.12.2016 (*B 5 RS 4/16 R - BSGE 122, 197 = SozR 4-8570 § 6 Nr 7*) und vom 23.3.2017 (*ua B 5 RS 15/16 R - Juris*) als befugt angesehen, bei nur glaubhaft gemachtem Zufluss von JEP deren Höhe gemäß § 202 S 1 SGG iVm § 287 ZPO zu schätzen, beziehen sich ersichtlich auf alle vom LSG zugunsten des Klägers tenorierten Zuflussjahre. Dass die Beklagte auf S 2 und 11 der Revisionsbegründung lediglich von rechts-

fehlerhaft zuerkannten JEP für die Zuflussjahre "1984 bis 1989" bzw einer Unmöglichkeit der Schätzung für diese Jahre spricht, ist erkennbar ein bloßer Schreibfehler und keinem Verständnis als Einschränkung des Revisionsbegehrens oder teilweiser Auslassung der Begründung des Rechtsmittels zugänglich. Dies zeigt sich insbesondere auf S 2 der Revisionsbegründung, auf der die Zuflussjahre "1984 bis 1989" den Beschäftigungsjahren "1973 bis 1988" zugeordnet werden.

- 23 2. Die Revision der Beklagten ist auch begründet. Das LSG hat der Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG wegen der ihm nicht als weitere Arbeitsentgelte zuerkannten JEP unter Verletzung von Bundesrecht (§ 162 SGG) stattgegeben. Der Bescheid vom 28.10.2009 und der Widerspruchsbescheid vom 4.2.2010 sind insoweit rechtmäßig und beschweren den Kläger nicht (§ 54 Abs 2 S 1 SGG). Die Beklagte ist nicht verpflichtet, für die Beschäftigungsjahre 1973 bis 1988 (Zuflussjahre 1974 bis 1989) zusätzlich JEP als weitere Arbeitsentgelte vorzumerken.
- 24 Der Kläger begehrt, den Bescheid vom 28.10.2009 und den Widerspruchsbescheid vom 4.2.2010 (§ 95 SGG) aufzuheben sowie die Beklagte zu verpflichten, die bestandskräftigen (§ 77 SGG) Verwaltungsakte (§ 31 S 1 SGB X) über die Festsetzung der Arbeitsentgelte für die Zeiten vom 4.9.1967 bis 30.6.1990 im Bescheid vom 14.1.2004 zurückzunehmen und höhere Arbeitsentgelte unter Einbeziehung von JEP festzusetzen.
- 25 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*).
- 26 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).
- 27 Da sich § 44 Abs 1 SGB X nur auf solche bindenden Verwaltungsakte bezieht, die - anders als die feststellenden Verwaltungsakte im Bescheid vom 14.1.2004 - 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) gewor-

den 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 14.1.2004, 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.

28 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.

29 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 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*).

30 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.

- 31 e) Das LSG hat auf dieser Grundlage für den Senat bindend (§ 163 SGG) festgestellt, dass dem Kläger in den streitigen Zuflussjahren 1974 bis 1989 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).
- 32 aa) Der Bindung des Senats an die Feststellung des fehlenden Vollbeweises steht die in der Revisionserwiderung sinngemäß erhobene Gegenrüge des Klägers, das LSG habe die Feststellung eines Vollbeweises verfahrensfehlerhaft nicht 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.
- 33 (1) Nach dem Verständnis des Senats macht der Kläger mit dem Vorbringen, das LSG habe verkannt, dass er den Zufluss der JEP nicht nur glaubhaft gemacht, sondern nachgewiesen habe, eine Verletzung des § 128 Abs 1 S 1 SGG geltend. Bringt ein Beteiligter vor, das Gericht habe die Grenzen der freien Beweiswürdigung überschritten, muss er darlegen, dass ein Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegt oder das Gesamtergebnis des Verfahrens nicht ausreichend und umfassend berücksichtigt worden ist (vgl *Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl 2017, § 128 RdNr 10*). Diesen Anforderungen ist nicht genügt.

- 34 Der Revisionserwiderung ist allenfalls zu entnehmen, dass der Kläger das Unterbleiben einer ausreichenden und umfassenden Berücksichtigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens durch das LSG beanstanden will. Ein Verstoß gegen § 128 Abs 1 S 1 SGG ist allerdings auch insoweit nicht schlüssig aufgezeigt. Der Kläger trägt vor, dass sich der Nachweis für die Voraussetzungen einer Gewährung von JEP sowie deren tatsächlicher Zufluss an ihn aus dem Schreiben der E. AG vom 25.3.2008, dem für seinen ehemaligen Beschäftigungs-VEB geltenden Betriebsrahmenvertrag, den Aussagen der Zeugen G. und K. sowie seinem Ausweis für Arbeit und Sozialversicherung ergebe. Dass das Berufungsgericht eines dieser Beweismittel gar nicht beachtet oder jedenfalls nur bruchstückhaft ausgewertet habe, trägt der Kläger nicht vor. Damit setzt er der Beweiswürdigung des LSG lediglich seine eigene Beweiswürdigung als die richtige entgegen. Dass der Kläger eine andere als die vom Berufungsgericht vorgenommene Beweiswürdigung für zutreffend hält, reicht indes nicht aus, um ein gerichtliches Überschreiten der Grenzen der freien Beweiswürdigung aufzuzeigen.
- 35 Ein für den Kläger günstigeres Ergebnis ergibt sich auch dann nicht, wenn man unter Berücksichtigung seines weiteren Vorbringens davon ausginge, er mache geltend, dass das LSG den einschlägigen Betriebskollektivvertrag nicht bzw nicht ausreichend gewürdigt habe. Ob und welche Erkenntnisse sich diesem entnehmen lassen, die die Annahme eines Vollbeweises und nicht nur eine Glaubhaftmachung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Gewährung von JEP und deren tatsächlichen Zuflusses an den Kläger rechtfertigen, zeigt die Revisionserwiderung nicht auf.
- 36 (2) Ebenso wenig hat der Kläger schlüssig dargetan, dass das LSG zu dem Ergebnis, die Voraussetzungen und der Zufluss von JEP seien lediglich glaubhaft gemacht, unter Verstoß gegen § 103 SGG gelangt ist. Bei einem behaupteten Verstoß gegen die tatrichterliche Sachaufklärungspflicht ist 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*). Diese Anforderungen sind ebenfalls nicht erfüllt.
- 37 Nach dem Vorbringen des Klägers hätte das LSG zumindest bei der E. AG den einschlägigen Betriebskollektivvertrag anfordern müssen, um abzuklären, ob es einschränkende oder erweiternde Tatbestandsvoraussetzungen für den Erhalt der JEP im Betrieb des Klägers gegeben habe, um dann prüfen zu können, ob die konkreten Voraussetzungen durch den Kläger erfüllt worden seien. Außerdem hätte das LSG die Zeugen K. und G. persönlich anhören müssen, um durch gezielte Nachfragen weiter zu erforschen, welche konkreten Wahrnehmungen die Zeugen in Bezug auf die Auszahlung einer JEP in den Jahren 1974 bis 1990 an den Kläger gemacht hätten. Zu welchem Ergebnis diese Ermittlungen geführt hätten, trägt der Kläger nicht vor. Mit seinem Vorbringen vertritt er vielmehr letztlich die Rechtsauffas-

sung, das Berufungsgericht sei verpflichtet gewesen, "in Blaue hinein" eine Beweisausforschung vorzunehmen, um durch die Beweisaufnahme selbst erst entscheidungserhebliche bzw beweis-erhebliche Tatsachen aufzudecken. Eine Beweisausforschung ist jedoch auch in dem vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägten sozialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehen (*vgl hierzu BSG Urteil vom 19.10.2011 - B 13 R 33/11 R - Juris RdNr 26 mwN*).

38 bb) Zu Recht geht das LSG davon aus, dass der - im Vergleich zum Regelbeweismaß - abgesenkte Beweisgrad der Glaubhaftmachung 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 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.

39 f) aa) 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*).

- 40 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, das LSG habe auch diese Feststellungen verfahrensfehlerhaft getroffen, nicht entgegen.
- 41 (1) Nach dem Verständnis des Senats macht der Kläger mit dem Vorbringen, das LSG habe rechtsfehlerhaft verkannt, dass er die Höhe der ihm zugeflossenen JEP aufgrund der Angaben der E. AG in deren Schreiben vom 25.3.2008 zumindest glaubhaft gemacht habe, eine Verletzung des § 128 Abs 1 S 1 SGG geltend. Auch im hier maßgeblichen Zusammenhang ist indes ein Verstoß gegen diese Norm nicht schlüssig aufgezeigt.
- 42 Der Kläger trägt vor, aufgrund der Angaben im vorgenannten Schreiben der E. AG sei mindestens glaubhaft gemacht, dass die in seinem Betrieb gezahlten JEP stets mindestens 85 % des individuellen durchschnittlichen Monatsverdienstes betragen hätten. Sein individueller Monatsverdienst in den Jahren 1973 bis 1989 ergebe sich aus seinem Ausweis für Arbeit und Sozialversicherung, sodass jedenfalls der Mindestbetrag der JEP, die ihm in den einzelnen Jahren zugeflossen seien, festgestellt werden könnte. Dass das LSG das Schreiben vom 25.3.2008 gar nicht berücksichtigt oder jedenfalls beweiserhebliche Textpassagen nicht beachtet habe, behauptet der Kläger allerdings nicht. Damit ist aber nicht dargetan, dass das LSG - was hier als einzige Alternative des § 128 Abs 1 S 1 SGG in Betracht kommt - das Gesamtergebnis des Verfahrens nicht umfassend oder ausreichend berücksichtigt habe. Vielmehr setzt der Kläger auch insoweit lediglich seine eigene Beweiswürdigung als vermeintlich richtige an die Stelle der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, womit ein Überschreiten der Grenzen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht nicht aufgezeigt ist.
- 43 (2) Ebenso wenig hat der Kläger eine Verletzung des § 103 SGG schlüssig bezeichnet.
- 44 Er ist der Ansicht, das LSG habe nicht alle zumutbaren und zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft, um die Höhe der JEP zu ermitteln. Vielmehr hätte das Berufungsgericht die E. AG bei Annahme einer fehlenden Aussagekraft ihres Schreibens vom 25.3.2008 auffordern müssen, ihre Angaben näher zu verifizieren und nach Möglichkeit zu belegen. Es sei nicht auszuschließen, dass das Unternehmen aufgrund der in seinem Besitz befindlichen Unterlagen weitere, noch konkretere Angaben zur Höhe der gezahlten JEP hätte machen können. Er, der Kläger, gehe davon aus, dass es bei der E. AG zumindest Unterlagen gebe, aus denen sich die im Betrieb jährlich gezahlten JEP ergäben.
- 45 Mit diesem Vorbringen hat der Kläger ebenfalls nicht dargetan, zu welchem konkreten Ergebnis die für erforderlich gehaltenen Ermittlungen geführt hätten, sondern vielmehr wiederum eine auch im sozialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehene Ausforschungsermittlung gefordert. Für eine substantiierte Darlegung des voraussichtlichen Untersuchungsergebnisses hätte umso mehr Veranlassung bestanden, als die E. AG in dem Schreiben vom 25.3.2008 aus-

geführt hat, dass die JEP "gemäß uns vorliegender beispielhafter Informationen zwischen 85 % und 105 % der individuellen durchschnittlichen Monatsvergütung" betragen hätten und "Unterlagen zur individuellen Jahresendprämienhöhe" gar nicht vorlägen.

- 46 bb) Soweit das LSG die Höhe der JEP auf fünf Sechstel von 70 % des im jeweiligen Planjahr erzielten durchschnittlichen Bruttomonatslohns 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 (1) oder des sog formellen Rechts (2) greifen daneben nicht ein.
- 47 (1) § 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.
- 48 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*).
- 49 (2) 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.

50 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).

51 cc) Da die Höhe der glaubhaft erzielten JEP für die Zuflussjahre 1974 bis 1989 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.

52 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 und 4 SGG.