

L 17 EG 8/12

Land

Berlin-Brandenburg

Sozialgericht

LSG Berlin-Brandenburg

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

17

1. Instanz

SG Berlin (BRB)

Aktenzeichen

S 2 EG 1/12

Datum

25.05.2012

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 17 EG 8/12

Datum

17.03.2016

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 25. Mai 2012 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Gewährung von Elterngeld für die Zeit vom 7. März 2011 bis 30. April 2011.

Der Kläger ist spanischer Staatsangehöriger und lebt seit 1. Mai 2000 zusammen mit seiner Ehefrau, die deutsche Staatsangehörige ist, unter der im Rubrum bezeichneten Anschrift in B. Seine Ehefrau war und ist angestellte Lehrerin bei dem S. Seit 13. November 2003 ist der Kläger als sogenannte Ortskraft (Verwaltungshilfskraft) bei der Botschaft von Spanien in B (Arbeitgeberin) beschäftigt. Er hat zu Beginn dieser Beschäftigung sein Wahlrecht aus Art. 16 Abs. 2 der Verordnung (EWG) (nachfolgend: VO) Nr. 1408/71 zugunsten des spanischen Sozialversicherungssystems ausgeübt (nachgewiesen durch den Vordruck E 106). Im Zeitraum vom 1. Februar 2010 bis 31. Januar 2011 erzielte der Kläger aus dieser Beschäftigung ein Arbeitsentgelt in Höhe von (iHv) EUR (davon EUR Lohnsteuer und 2 EUR Sozialversicherung).

Am 2011 wurden die Kinder des Klägers und seiner Ehefrau, die Zwillinge S und A geboren. Der Kläger vereinbarte mit seiner Arbeitgeberin Elternzeit vom 21. Februar 2011 bis 30. April 2011. Der Beklagte gewährte der Ehefrau Elterngeld für die Zeit vom 7. Februar 2011 bis 6. Februar 2012 und lehnte gegenüber dem Kläger mit Bescheid vom 27. Juli 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. Dezember 2011 die Gewährung von Leistungen nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) für die Kinder S und A ab mit der Begründung, dass Mitglieder und Beschäftigte diplomatischer Missionen und konsularischer Vertretungen keinen Anspruch nach [§ 1 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) hätten. Diese Personen seien nach Art. 83 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1 und 2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen bzw. Art. 48 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (WÜK) von der Anwendung der deutschen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit und damit auch von der Anwendung des BEEG ausgenommen. Ein Wahlrecht dahingehend, dem System der deutschen Sozialversicherung unterliegen zu wollen, sei nicht ausgeübt worden.

Hiergegen hat der Kläger am 12. Januar 2012 bei dem Sozialgericht (SG) Berlin Klage erhoben, gerichtet auf die Gewährung von Elterngeld für die Lebensmonate 1 und 2 seiner Kinder S und A in gesetzlicher Höhe. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass er kein entsandter Diplomat sei und damit keine Sonderrechte aus dem Wiener Abkommen genieße. Er sei als Ortskraft in Deutschland angeworben und eingestellt und besitze eine Freizügigkeitsbescheinigung. Die Nichtberücksichtigung dieser Ansprüche verstoße gegen das geltende europäische Recht, insbesondere gegen Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68. Er sei Arbeitnehmer und Angestellter. Er habe die Möglichkeit gehabt, das Sozialversicherungssystem nach Art. 13 Abs. 2 VO Nr. 1408/71 zu wählen. Das habe nur deklaratorische Wirkung. Auch nehme er Bezug auf das Urteil des Bundesfinanzhofes (BFH) vom 25. Juli 2007 ([III R 55/02](#)), in dem ein Kindergeldanspruch anerkannt werde, obwohl der dortige Antragsteller keine Freizügigkeit genieße.

Der Kläger hat das am 19. Dezember 2003 ausgestellte Formular E106 vorgelegt.

Das SG Berlin hat mit Urteil vom 25. Mai 2012 die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die zulässige Klage sei unbegründet. Die Vorschriften des BEEG seien, soweit sie den Bezug von Elterngeld betreffen, auf den Kläger insgesamt nicht anwendbar. Als sogenannte Ortskraft einer in Deutschland ansässigen Auslandsvertretung fänden die entsprechenden Vorschriften auf den Kläger keine Anwendung. Dies habe bereits das Bundessozialgericht (BSG) mit Urteil vom 29. Januar 2000 (B [10/14 EG 1/00 R](#)) für das Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) entschieden. Entgegen seiner Auffassung unterfalle der Kläger Art. 48 Abs. 1 in Verbindung mit (iVm) Art. 1 WÜK. Nach dieser

Vorschrift seien Konsularbedienstete und deren Angehörige grundsätzlich von der Anwendung sämtlicher sozialrechtlicher Vorschriften des Empfangsstaates und damit auch derjenigen des BEEG (vormals BÉrzGG) ausgeschlossen. Auch die Ausnahmevorschrift des Art. 48 Abs. 4 WÜK, wonach die Möglichkeit im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften bestehe, freiwillig in einzelne Versicherungszweige des deutschen Sozialversicherungssystems zu optieren, ver helfe der Kläger nicht zum Erfolg. Denn der Kläger habe ausdrücklich dafür optiert, in Spanien sozialversichert zu sein. Wie dieses Optionsrecht rechtlich zu bewerten sei, lasse sich der amtlich formulierten anhängigen Rechtsfrage in dem Verfahren vor dem BFH ([III R 12/09](#)) entnehmen. Durch die Ausübung seines Optionsrechts zugunsten des spanischen Sozialversicherungssystems stehe der Kläger insgesamt außerhalb des deutschen Sozialversicherungssystems. Die Nichtanwendung des BEEG sei europarechtskonform. Eine Diskriminierung scheidet bereits begrifflich aus, da dafür Voraussetzung wäre, dass der Kläger gegenüber einem Leistungsberechtigten Inländer als EU-Ausländer unter Zugrundelegung des gleichen inhaltlichen Sachverhalts benachteiligt würde. Das sei nicht der Fall. Als Botschaftsangehöriger im Anwendungsbereich des WÜK habe der Kläger einen völkerrechtlichen Sonderstatus.

Gegen das vom SG am 13. Juni 2012 abgesandte Urteil (das Empfangsdatum ist auf dem Empfangsbekennnis der Bevollmächtigten des Klägers nicht lesbar) hat der Kläger durch seine Bevollmächtigte (Beraterin für Arbeits- und Sozialfragen an der Abteilung für Arbeit und Soziales der Botschaft von Spanien in B ist) am 11. Juli 2012 bei dem Landessozialgericht (LSG) Berlin-Brandenburg Berufung eingelegt und zur Begründung sein bisheriges Vorbringen vertieft. Er halte sich seit vielen Jahren in B auf und habe sich in das deutsche Leben integriert. Er sei zwischen dem 17. Juli 1995 und dem 30. April 1998 in Deutschland rentenpflichtversichert gewesen. Das angestrebte Elterngeld sei eine Leistung der sozialen Sicherheit iS des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68. Die Ablehnung des Elterngeldes sei offensichtlich eine ungerechtfertigte Entscheidung und erfülle die Voraussetzungen einer Diskriminierung nach Anwendung der VO. Die VO Nr. 1612/68 sorge für eine sozialrechtliche Gleichstellung der Arbeitnehmer innerhalb der europäischen Union. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbiete nicht nur offensichtliche Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle Formen der verdeckten Diskriminierung (Bezugnahme auf EuGH, Urteile in den Rechtssachen [152/73](#), C57/96, C212/99, C209/03). Er gebe eine Einkommensteuererklärung zusammen mit seiner Ehefrau in Deutschland ab und unterliege dem Doppelbesteuerungsabkommen. Aufgrund einer Änderung im EU-Recht hätte er bei einer Anstellung ab dem Jahr 2012 kein Wahlrecht mehr gehabt, welchem Sozialversicherungssystem er angehöre.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 25. Mai 2012 aufzuheben und den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 27. Juli 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. Dezember 2011 zu verurteilen, ihm für die Zeit vom 7. März 2011 bis 30. April 2011 Elterngeld für die Kinder S und A zu gewähren.

Der Beklagte beantragt, die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Beklagte führt aus, dass Art. 48 Abs. 4 WÜK ausdrücklich auf eine freiwillige Beteiligung am deutschen System abstelle. Belohnt werden solle derjenige, der sich freiwillig am deutschen System (mit seinen Vor- und Nachteilen) beteilige. Der Kläger habe sich weder freiwillig am deutschen System beteiligt, noch habe dies seine Ehefrau getan. Darüber hinaus dürfte es auf die Ehefrau nur dann ankommen, wenn der Kläger keine eigene sozialversicherungsrechtlich relevante Position habe. Das BSG stelle in seiner Entscheidung (B [10/14 EG 1/00](#) R) eindeutig auf das Kriterium der Freiwilligkeit ab. Der Kläger habe die nach spanischem Recht geltende Freistellung nach der Geburt seiner Kinder nutzen können. Er könne nicht zusätzlich nach dem deutschen Recht Elterngeld beanspruchen und sich die Rosinen aus beiden Sozialversicherungssystemen herauspicken. Dem Beklagten lägen inzwischen mehrere Elterngeldanträge von Diplomaten und konsularischen Angestellten vor.

Der Kläger hat einen Versicherungsverlauf der Deutschen Rentenversicherung vom 18. September 2012 vorgelegt.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung nach [§ 124 Abs. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) einverstanden erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den sonstigen Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte des Beklagten verwiesen, die Gegenstand der gerichtlichen Entscheidungsfindung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung durch Urteil entscheiden, da die Beteiligten ihr Einverständnis zu dieser Verfahrensweise erteilt haben ([§§ 124 Abs. 2, 153 Abs. 1 SGG](#)).

Die Berufung des Klägers ist zulässig und insbesondere fristgerecht erhoben. Zwar ist auf dem Empfangsbekennnis der Bevollmächtigten des Klägers das Datum des Empfangs nicht lesbar. Jedoch kann die einmonatige Berufungsfrist ([§ 151 Abs. 1 SGG](#)) aufgrund der Absendung des Urteils durch das SG am 13. Juni 2012 frühestens am 13. Juli 2012 (Freitag) abgelaufen sein. Innerhalb dieser Frist hat der Kläger bereits am 11. Juli 2012 Berufung gegen das ihm laut Berufungsschrift am 21. Juni 2012 zugestellte Urteil eingelegt.

Die Berufung durfte auch durch die Botschaft von Spanien in B (bzw. die Beraterin für Arbeits- und Sozialfragen an der Abteilung für Arbeit und Soziales der Botschaft von Spanien in B) eingelegt werden. Zwar gehören konsularische Vertretungen und deren Mitarbeiter nicht zu den in [§ 73 Abs. 2 SGG](#) aufgeführten vertretungsbefugten Bevollmächtigten. Die Vertretungsbefugnis der Botschaft (der Beraterin) folgt aber aus Europarecht. Gemäß Art. 45 Abs. 2 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Spanischen Staat über Soziale Sicherheit vom 4. Dezember 1973 (BGBl II 1977, 687) sind die diplomatischen und berufskonsularischen Behörden eines Vertragsstaates befugt, die Staatsangehörigen des eigenen Staates gegenüber den Trägern, Behörden und Gerichten der Sozialversicherung des anderen Vertragsstaates zu vertreten. Der Vorlage einer Vollmacht bedarf es insofern nicht. Diese Regelung ist durch die VO Nr. 988/2009 vom 16. September 2009 in den Anhang II der VO Nr. 883/2004 aufgenommen worden und ist weiter in Kraft (vgl. dazu auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 19. Juni 2015, [L 4 KR 2901/12](#), juris, Rn. 31). Zudem hat der Kläger seiner Bevollmächtigten ausdrücklich schriftliche Vollmacht vom 7. Juli 2012 zur Prozessführung für alle Instanzen erteilt.

Die Berufung ist statthaft und übersteigt den Betrag von 750,00 EUR nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#). Denn aus dem von der

Arbeitgeberin bescheinigten vorgeburtlichen Einkommen (EUR Nettolohn für die Zeit vom 1. Februar 2012 bis 31. Januar 2011) errechnet sich ein monatlicher Elterngeldanspruch von deutlich über 750,00 EUR.

Die im Berufungsverfahren begehrte Gewährung von Elterngeld für die Zeit vom. März 2011 bis 30. April 2011 anstelle des ursprünglich geltend gemachten Zeitraums (1. und 2. Lebensmonat der Kinder) stellt eine zulässige Erweiterung des Klageantrags nach [§ 99 Abs. 3 Nr. 2 SGG](#) dar. Selbst wenn es sich um eine Klageänderung handeln sollte, wäre diese nach [§ 99 Abs. 1 SGG](#) sachdienlich, weil der Beklagte in die Änderung eingewilligt hat und das Gericht sie für sachdienlich hält.

Die Berufung ist unbegründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Gewährung von Elterngeld für die Zeit vom 7. März 2011 bis 30. April 2011 anlässlich der Geburt seiner Zwillinge S und A. Das angefochtene Urteil des SG Berlin vom 25. Mai 2010 und der Bescheid der Beklagten vom 27. Juli 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. Dezember 2011 sind rechtmäßig.

Der geltend gemachte Anspruch auf Elterngeld und die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide beurteilen sich nach den ab 1. Januar 2011 gültigen Vorschriften des BEEG in der Fassung des Haushaltsbegleitgesetzes (HBegLG) 2011 vom 9. Dezember 2010, [BGBl I 1885](#) (zur Anwendung des HBegLG 2011 auf laufende Leistungsfälle siehe BSG, Urteil vom 4. September 2013, [B 10 EG 6/12 R](#), juris). Hiernach erfüllt der Kläger die Voraussetzungen des [§ 1 Abs. 1 BEEG](#) dem Grunde nach, weil er während des geltend gemachten Bezugszeitraums (7. März 2011 bis 30. April 2011) seinen Wohnsitz in Deutschland hatte (Nr.1), mit seinen Zwillingen in einem Haushalt lebte (Nr. 2), die Zwillinge selbst betreute und erzog (Nr. 3) und keine Erwerbstätigkeit ausübte (Nr. 4).

Gleichwohl ist eine Anwendung der Bestimmungen des BEEG im streitigen Zeitraum (7. März 2011 bis 30. April 2011) durch Art. 48 Abs. 1 WÜK ausgeschlossen. Danach sind - vorbehaltlich des hier nicht einschlägigen Art. 48 Abs. 3 WÜK - die Mitglieder der konsularischen Vertretung in Bezug auf ihre Dienste für den Entsendestaat und die mit ihnen im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienangehörigen von den im Empfangsstaat geltenden Vorschriften über soziale Sicherheit befreit. Als "Ortskraft" zählt der Kläger zu dem Kreis der Mitglieder der konsularischen Vertretung. Nach Art 48 Abs. 1 WÜK sind Konsulatsbedienstete und deren Angehörige daher grundsätzlich von der Anwendung sämtlicher sozialrechtlicher Vorschriften des Empfangsstaates ausgeschlossen (vgl. BSG, Urteil vom 29. Januar 2002, [B 10/14 EG 1/00 R](#), juris, Rn. 15). Zwar ist die Entscheidung des BSG vom 29. Januar 2002 ([aaO](#)) zum Anspruch auf Erziehungsgeld ergangen; sie lässt sich jedoch zur Überzeugung des Senats zu dem erst später normierten Anspruch auf Elterngeld zwanglos übertragen.

Der Ausnahmefall des Art. 48 Abs. 4 WÜK - "freiwillige Beteiligung" am System der sozialen Sicherheit des Empfängerstaats - liegt nicht vor. Die Zugehörigkeit des Klägers zum System der gesetzlichen Rentenversicherung der Bundesrepublik Deutschland mit (nicht durchgängigen) Pflichtbeitragszeiten in der Zeit vom 17. Juli 1995 bis 30. April 1998 (siehe Versicherungsverlauf vom 18. September 2012) führt nicht zur Anwendung des BEEG. Die integrierende Wirkung der damit erlangten Zugehörigkeit zum deutschen Sozialversicherungssystem entfällt mit dem Ende der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung (vgl. dazu BSG, Urteil vom 29. Januar 2002, [aaO](#), Rn. 17). Nach dem 30. April 1998 sind im Versicherungsverlauf des Klägers keine rentenrechtlichen Zeiten vorgemerkt. Der Kläger hat sich zeitlich danach nicht am deutschen Sozialversicherungssystem beteiligt. Zwar besitzt er eine Versichertenkarte einer deutschen gesetzlichen Krankenversicherung (BARMER GEK). Er zahlt jedoch keine Krankenversicherungsbeiträge an die BARMER GEK und ist (nur) über das zwischenstaatliche Versicherungsrecht bei der Krankenkasse eingeschrieben (Auskunft der BARMER GEK vom 15. Juli 2011). Zudem hat sich der Kläger zu Beginn seiner Beschäftigung als Ortskraft durch Ausübung seines Wahlrechts aus Art. 16 Abs. 2 VO Nr. 1408/71 zugunsten der spanischen Rechtsvorschriften bewusst gegen das deutsche Sozialversicherungssystem entschieden.

Die Beteiligung der Ehefrau des Klägers am deutschen Sozialversicherungssystem vermittelt nicht eine freiwillige Beteiligung des Klägers. Zum einen kann es - worauf der Beklagte hingewiesen hat - im Hinblick auf die bewusste Entscheidung des Klägers durch Ausübung des Wahlrechts nicht auf die Beteiligung der Ehefrau ankommen. Zum anderen beteiligt sich die Ehefrau nicht freiwillig am deutschen Sozialversicherungssystem, sondern unterliegt als angestellte Lehrerin bei dem dem deutschen Sozialversicherungssystem kraft Gesetzes. Als Beschäftigte ist sie insbesondere in der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung pflichtversichert.

Die Entscheidung des Finanzgerichts (FG) Köln vom 21. Januar 2009 ([14 K 176/05](#)) - das nachgehende Revisionsverfahren ([III R 12/19](#)) vor dem BFH endete durch übereinstimmende Erledigungserklärungen der Beteiligten (siehe BFH, Beschluss vom 18. Juni 2012, [III R 12/09](#), juris) - rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. In dem Urteil vom 21. Januar 2009 führt das FG Köln aus ([aaO](#), Rn. 25), dass das Kindergeld als Steuervergütung sich nach der Definition in [§ 31 Einkommensteuergesetz](#) wesentlich von einer Sozialleistung unterscheidet. Das Elterngeld ist jedoch - wie zuvor das Erziehungsgeld - zur Überzeugung des Senats eine Sozialleistung (siehe auch die ausdrückliche Nennung als Sozialleistung in [§ 25 Abs. 2 Satz 2](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch), auch wenn es nicht durch Beiträge der Anspruchsberechtigten finanziert wird. Anders als das Kindergeld dient es nicht der steuerlichen Freistellung des Existenzminimums. In dem vom FG Köln entschiedenen Fall erfolgte offenbar zudem keine Option für das Recht des anderen Staates (zum Anspruch auf Kindergeld einer türkischen Bediensteten einer amtlichen türkischen Vertretung in Deutschland siehe BFH, Urteil vom 8. August 2013, [VI R 45/12](#), juris).

Der Ausschluss des Klägers vom Anspruch auf BEEG stellt keine Diskriminierung dar. Der Senat folgt insoweit der Begründung des angefochtenen Urteils und sieht gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Ergänzend ist lediglich anzumerken, dass es dem regelmäßigen Interesse des Entsendestaates (hier: Spanien) entspricht, sich den sozialen Schutz der in seinen diplomatischen und konsularischen Vertretungen tätigen Personen und ihrer Familienangehörigen grundsätzlich selbst vorzubehalten (vgl. BSG, Urteil vom 29. Januar 2002, [aaO](#), Rn. 15). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Urteil vom 15. Januar 2015 ([C-179/13](#), juris) entschieden, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats für den Zeitraum, in dem er bei der konsularischen Vertretung eines Drittstaats im Gebiet eines Mitgliedstaats beschäftigt ist, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, aber in dessen Gebiet er wohnt, nicht den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats im Sinne dieser Bestimmung unterliegt, wenn dieser Staatsangehörige nach den gemäß Art. 71 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens von 1963 erlassenen Rechtsvorschriften seines Wohnsitzstaats nicht dem nationalen System der sozialen Sicherheit angeschlossen ist. Dies ist in Bezug auf den Kläger der Fall.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.
Rechtskraft

Aus
Login
BRB
Saved
2016-08-02