

L 12 EG 60/13

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

12

1. Instanz

SG Augsburg (FSB)

Aktenzeichen

S 7 EG 38/10

Datum

16.05.2013

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 12 EG 60/13

Datum

11.05.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Eine vollständige Ersetzung der monatlichen Lohn- und Gehaltsabscheinigungen durch Eigenangaben des Arbeitnehmers ist im Rahmen des [§ 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG](#) a. F. nicht möglich.

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 16. Mai 2013 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Berechnung des Elterngeldes nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) für das am 18.07.2009 geborene Kind J der Klägerin streitig. Die 1983 geborene Klägerin war vor der Geburt ihres Kindes seit 01.10.2005 bei der H. GmbH als Fotografin beschäftigt. Sie bezog nach dem Anstellungsvertrag vom 06.08.2005 ein Festgehalt von 1.100,- EUR brutto monatlich zzgl. eines persönlichen Zuschlags von 100,- EUR. Weiter war arbeitsvertraglich vereinbart, dass die Klägerin darüber hinaus eine Sitting-Provision von 2,50 EUR netto je fotografiertes Sitting erhält. Diese Sitting-Provision wurde ab September 2007 auf 3,- EUR netto erhöht. Die Sitting-Provisionen wurden von der Klägerin von den Kunden der H. GmbH bar vereinnahmt. Von der Arbeitgeberin wurden keine Abrechnungen über die von der Klägerin eingenommenen Sitting-Provisionen erstellt, auch Sozialabgaben und Einkommenssteuer wurden auf die Sitting-Provisionen nicht abgeführt. Seit 25.11.2008 war die Klägerin arbeitsunfähig erkrankt. Nach Beendigung der Entgeltfortzahlung bezog sie vom 07.01.2009 bis 24.02.2009 wegen einer maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückzuführenden Arbeitsunfähigkeit Krankengeld, vom 05.06.2009 bis 12.09.2009 Mutterschaftsgeld. Mit Bescheid vom 10.02.2009 verhängte das Gewerbeaufsichtsamt bei der Regierung von Schwaben für die Klägerin ein Beschäftigungsverbot ab 25.02.2009. Die Klägerin hat mit Antrag vom 01.09.2009 für das am 18.07.2009 geborene Kind J für den 1. bis 12. Lebensmonat Elterngeld beantragt. Dem Antrag lagen u.a. die monatlichen Abrechnungen der Brutto-Netto-Bezüge der H. GmbH sowie von der Klägerin selbst erstellte Aufstellungen über die von ihr bezogenen Netto-Sitting-Provisionen (Januar 2008: 252,00 EUR, Februar 2008: 276,00 EUR, März 2008: 830,50 EUR, April 2008: 620,00 EUR, Mai 2008: 129,00 EUR, Juni 2008: 450,00 EUR, Juli 2008: 61,00 EUR, 2008: 620,80 EUR, September 2008: 1.037,70 EUR und Oktober 2008: 1.406,50 EUR) bei. Der Beklagte hat mit Bescheid vom 12.10.2009 der Klägerin Elterngeld für den 1. bis 12. Lebensmonat bewilligt und zwar wegen des bezogenen Mutterschaftsentgeltes für den 1. Lebensmonat ein gekürztes Elterngeld in Höhe von 116,10 EUR und für den 2. Lebensmonat in Höhe von 181,25 EUR sowie für den 3. bis 12. Lebensmonat in Höhe von 519,00 EUR monatlich. Der Beklagte legte dabei als Bemessungszeitraum die Monate April 2008 bis Dezember 2008 sowie März 2009 bis Mai 2009 zugrunde. Unberücksichtigt blieben die Monate Januar 2009 und Februar 2009, da in diesen Monaten eine schwangerschaftsbedingte Erkrankung bei der Klägerin mit einer Einkommensminderung vorlag. Der Beklagte legte bei der Bemessung des Einkommens aus nicht selbständiger Arbeit im Bemessungszeitraum die von der Klägerin vorgelegten Abrechnungen der Brutto-Netto-Bezüge der H. GmbH zugrunde, in denen die Sitting-Provisionen nicht ausgewiesen waren, und ermittelte hieraus ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 595,30 EUR. Der Bescheid enthält den Hinweis, dass das Elterngeld nach den vorliegenden Unterlagen festzustellen sei und entgangenes Elterngeld aufgrund fehlerhafter Monatsabrechnungen ggf. über eine private Schadensersatzforderung vom Arbeitgeber einzuklagen sei. Hiergegen richtet sich der Widerspruch der Klägerin vom 29.10.2009. Der Arbeitgeber habe das Entgelt für den Bemessungszeitraum nicht korrekt abgerechnet. Zwischen den Parteien würden zurzeit noch Verhandlungen schweben, die kurz vor dem Klageverfahren stehen, um die ausstehenden Abrechnungen sowie Löhne zu erhalten. Es wurde eine Musterabrechnung des Steuerberaters der Klägerin unter Zugrundelegung der tatsächlichen vertraglichen Vereinbarungen vorgelegt. Ferner sei darauf hinzuweisen, dass diese Abrechnungen für den Krankengeldbezug ab dem Beschäftigungsverbot der Klägerin zugrunde gelegt worden seien. Der Beklagte hat mit

Widerspruchsbescheid vom 23.06.2010 den Widerspruch zurückgewiesen. Der Beklagte hat u.a. ausgeführt, dass Grundlage der Einkommensermittlung die entsprechenden monatlichen Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers (§ 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG) seien. Entscheidend für die Berücksichtigung nach dem BEEG sei nur das Einkommen, das im maßgeblichen 12-Monatszeitraum und in den einzelnen Monaten tatsächlich zugeflossen sei (steuerliches Zuflussprinzip). Nachberechnungen außerhalb des 12-Monatszeitraums bzw. des betroffenen Monats oder auch Nachzahlungen aufgrund arbeitsgerichtlicher Verfahren, die danach zufließen, könnten hingegen nicht mehr berücksichtigt werden, da sie im Bemessungszeitraum nicht als Erwerbseinkommen zur Verfügung gestanden hätten. Hiergegen richtet sich die Klage der Klägerin vom 22.07.2010 zum Sozialgericht Augsburg, die mit Schriftsatz vom 24.09.2010 begründet wurde. Die ehemalige Arbeitgeberin der Klägerin habe die Nettolohnabrechnungen nicht korrekt erstellt. Die Vergütungen für "Fotografie-Sitzungen" seien der Klägerin jeweils in bar ausgezahlt worden, die Arbeitgeberin habe es aber versäumt, diese Beträge als Lohnleistungen in die Entgeltabrechnung einzustellen, so dass sich das Bruttogehalt und demgemäß das ausgewiesene Nettoentgelt der Klägerin erheblich verringert habe. Zwischen den Arbeitsvertragsparteien sei diesbezüglich ein Verfahren beim Arbeitsgericht anhängig. Mit Schriftsatz vom 30.12.2010 haben die Prozessbevollmächtigten der Klägerin eine Kopie des Urteils des Arbeitsgerichts Koblenz vom 11.11.2010 übersandt, in dem die frühere Arbeitgeberin zu Nachzahlungen für den Zeitraum vom 01.12.2008 mit Unterbrechungen bis September 2009 verurteilt wurde; des Weiteren wurde festgestellt, dass die ehemalige Arbeitgeberin der Klägerin verpflichtet ist, dieser den durch die fehlerhafte oder fehlende Berücksichtigung der Nettoprovisionen in den Gehaltsabrechnungen beim Elterngeld entstehenden Schaden zu ersetzen. Das Sozialgericht Augsburg hat mit Schriftsatz vom 13.05.2011 um Übersendung von Belegen über die von der Klägerin im Bemessungszeitraum vereinnahmten Arbeitsentgeltzahlungen gebeten. Mit Schriftsatz vom 23.05.2011 wurde hierzu eine von der Klägerin gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin erstellte "Nettoprovisionsabrechnung" übersandt, die jeweils als Barleistungen gezahlt worden seien. Des Weiteren hat die Klägerin auf die von ihrem Steuerberater ermittelte "Musterabrechnung" für den Zeitraum Juni 2008 bis Mai 2009 verwiesen, die Abrechnung für April und Mai 2008 werde nachgereicht, des Weiteren hat die Klägerin auf die von der H. GmbH ausgestellte Arbeitsbescheinigung nach § 312 SGB III über das beitragspflichtige Arbeitsentgelt der Klägerin in der Zeit von 2008 bis September 2009 sowie auf die Einkommenssteuererklärungen für die Jahre 2008 und 2009 verwiesen. Der Beklagte hat zu den vorgelegten Unterlagen mit Schriftsatz vom 10.08.2011 dahingehend Stellung genommen, dass für die maßgeblichen Kalendermonate im 12-Monatszeitraum keine geänderten Verdienstbescheinigungen des Arbeitgebers ausgestellt worden seien, sondern lediglich die Musterrechnungen des Steuerberaters vorliegen würden, in denen jedoch auch Einmalzahlungen enthalten seien, die nicht einzeln aufgeführt seien. Des Weiteren sei immer noch nicht erkennbar, dass die mit Gerichtsurteil vom 11.11.2010 festgestellten Beträge der Klägerin im Bemessungszeitraum bereits zugeflossen seien. Laut Urteil sei der Arbeitgeber erst zu einer Zahlung samt Zinsen verurteilt worden, von bereits geleisteten Barzahlungen sei nichts ersichtlich. Nach dem Schreiben der Bundesagentur für Arbeit habe die Klägerin eine einmalige Entschädigung in Höhe von 11.622,47 EUR nachbezahlt bekommen. Es werde nochmals um Vorlage der neu festgesetzten Verdienstbescheinigungen durch den Arbeitgeber für den maßgeblichen 12-Monatszeitraum (4/08 bis 5/09) mit korrektem Bruttoverdienst und den entsprechenden Abzügen unter Berücksichtigung der steuerlichen Vorgaben gebeten. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin haben hierzu mit Schriftsatz vom 29.08.2011 mitgeteilt, dass die Nettolohnabrechnungen nicht vorgelegt werden könnten, da sich die frühere Arbeitgeberin bisher strikt geweigert habe, die Abrechnungen zu erstellen. Die ehemalige Arbeitgeberin sei inzwischen insolvent, inwieweit der Insolvenzverwalter sich bereit erkläre, entsprechende korrigierte Nettolohnabrechnungen noch zu erstellen, sei nicht ersichtlich. Aus dem Tenor des Urteils des Arbeitsgerichts ergebe sich, welche ausstehenden Lohnzahlungen seit dem 01.12.2008 noch bestehen würden. Die Zahlungen seitens des Arbeitsamtes seien erfolgt, da das Arbeitsamt selbstverständlich die Musterabrechnungen und das Urteil zugrunde gelegt habe. Mit weiterem Schriftsatz vom 20.10.2011 haben die Prozessbevollmächtigten der Klägerin ein Schreiben des Insolvenzverwalters vorgelegt, in dem dieser mitteilt, dass die Insolvenzmasse nicht ausreiche, um die fälligen sonstigen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen. Mit weiterem Schreiben vom 15.11.2011 wurde schließlich mitgeteilt, dass die Klägerin in den Jahren 2010 und 2011 keine Zahlungen auf den ausstehenden Lohn erhalten habe, die in dem Urteil des Arbeitsgerichts titulierten Ansprüche seien zur Insolvenztabelle angemeldet worden. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin haben mit Schriftsatz vom 05.03.2012 den Streitstand nochmals zusammengefasst. Die Klägerin habe entsprechend ihrem Arbeitsvertrag für abgehaltene "Fotositzungen" jeweils ein Nettoentgelt in bar ausbezahlt bekommen, das sie bei den Kunden direkt kassiert habe. Dieses sei in den Arbeitsunterlagen entsprechend vermerkt und verbucht worden. Der Arbeitgeber habe aber das Entgelt nicht in die entsprechenden Brutto-/Nettolohnberechnungen aufgenommen. Nachdem die Klägerin dann schwangerschaftsbedingt ein Arbeitsverbot erhalten habe, sei nach den zugrundeliegenden Gesetzen der durchschnittliche Bruttoverdienst der letzten drei Monate weiter gezahlt worden. Dies bedeute, dass die zuvor fehlerhaften Abrechnungen nunmehr entsprechend zu korrigieren seien. Der Steuerberater der Klägerin habe eine "Rückrechnung" in Hinblick auf die letzten Monate vorgenommen, in dem er die in bar erhaltenen Beträge der Klägerin als netto zugrunde gelegt habe und den Nettobetrag auf den Bruttobetrag zurückgerechnet habe. Die frühere Arbeitgeberin habe diese Abrechnungen erhalten, die Abrechnungen aber entsprechend nicht korrigiert. Die Klägerin habe deshalb zunächst ein zu geringes Krankengeld und später ein zu geringes Arbeitslosengeld erhalten und auch das Erziehungsgeld sei nicht richtig berechnet worden. Mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil sei der frühere Arbeitgeber verpflichtet worden, aufgrund des bestehenden Schwangerschaftsverbotes und dann im Hinblick auf den Mutterschutz die entsprechenden Entgelte zu zahlen und zwar das durchschnittliche Bruttoentgelt aus den letzten drei Monaten. In das Bruttoentgelt seien die Beträge, die für die Sitzungen angefallen und in bar als netto einbehalten worden seien, als brutto einzustellen. Dies habe die frühere Arbeitgeberin aber nicht getan. Bei den vorgelegten "Probeabrechnungen" handle es sich daher um Abrechnungen, wie sie der Arbeitgeber hätte erstellen müssen. Mit weiterem Schriftsatz vom 28.01.2013 haben die Prozessbevollmächtigten der Klägerin mitgeteilt, dass ihnen nicht klar sei, warum die nunmehr von einem Steuerberater anhand der angegebenen Bruttozahlungen erstellten Nettolohnabrechnungen, die den Bruttoarbeitslohn, die sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Abzüge und den Nettolohn ausweisen, nicht ausreichend sein sollen. Der Klägerin sei es nicht möglich, von dem nicht mehr existenten Arbeitgeber die für diesen Zeitraum nicht erstellten Nettolohnabrechnungen zu erhalten. Die Ansicht des Beklagten, die nur auf den reinen Wortlaut abstelle, sei viel zu eng und nur vor dem Hintergrund zu erklären, dass man "Geld sparen" möchte. Der Beklagte hat hierzu mit Schriftsatz vom 06.02.2013 vorgetragen, dass es ihm durchaus bewusst sei, dass ein nicht mehr existierender Arbeitgeber auch keine Verdienstabrechnungen ausstellen könne. Jedoch könne aus den vom Steuerbüro erstellten Musterabrechnungen nicht entnommen werden, wie sich der Bruttoarbeitslohn zusammensetze. So würden keine Einmalzahlungen bestätigt, die laut bescheinigtem Arbeitsentgelt bei der Bundesanstalt für Arbeit in den Monaten 8 bis 11/2008 vorgelegen hätten. Die abweichenden Bruttoentgeltsbeträge hätten nicht erklärt werden können. Es sei dem Beklagten daher nicht möglich, das korrekte Entgelt zu beziffern bzw. eine plausible Grundlage für die Elterngeldberechnung zu finden. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin haben mit Schriftsatz vom 19.04.2013 noch darauf hingewiesen, dass die Klägerin keinen Einfluss darauf habe, welche Bescheinigung der ehemalige Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitsamt abgegeben habe. Er habe dort "Einmalzahlungen" aufgeführt, die tatsächlich so nicht geflossen seien. Tatsächlich habe er wohl die einbehaltenen "Nettoprovisionen" gemeint. Er habe übersehen, dass es sich um ein Nettoentgelt handele, das eigentlich in die Abrechnungen entsprechend hätte aufgenommen werden müssen.

Das Sozialgericht Augsburg hat mit Urteil vom 16.05.2013 die Klage der Klägerin abgewiesen. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Bewilligung von Elterngeld unter Berücksichtigung von Einkommen aus nicht selbständiger Arbeit aus erzielten, jedoch nicht abgerechneten Sitting-Provisionen. Zwischen den Beteiligten sei allein streitig, ob die von der Klägerin im Bemessungszeitraum bezogenen Sitting-Provisionen bei der Bemessung des Elterngeldes zu berücksichtigen seien. Dies sei nicht der Fall. Die streitigen Sitting-Provisionen, die den Angaben der Klägerin zufolge im Bemessungszeitraum in Form von Barzahlungen, ausbezahlt direkt von den Kunden der H. GmbH anlässlich der jeweiligen Foto-Sittings, in Höhe der von ihr erstellten Aufstellung zugeflossen seien, habe der Beklagte zu Recht bei der Bemessung des Elterngeldes unberücksichtigt gelassen. Entgegen der Auffassung der Beklagten könne der Klägerin zwar nicht entgegen gehalten werden, dass ihr die streitigen Sitting-Provisionen nicht während des Bemessungszeitraums zugeflossen seien. Die erfolgreiche Zahlungsklage der Klägerin vor dem Arbeitsgericht Koblenz sei nicht auf die Nachzahlung von Sitting-Provisionen gerichtet gewesen, sondern auf die Zahlungsansprüche der Klägerin, die sich aus der unter Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten unterbliebenen Abrechnung der ausbezahlten Sitting-Provisionen durch die H. GmbH ergeben. Der Berücksichtigung der streitigen Sitting-Provisionen stehe entgegen, dass eine Abrechnung des Arbeitgebers hierüber nicht bestehe. Die "fiktiven" Muster-Abrechnungen des Steuerberaters der Klägerin könnten nach Auffassung des Gerichts nicht als Ersatz herangezogen werden. Zwar habe das Bundessozialgericht (BSG) zu [§ 2 Abs. 7 BEEG](#) entschieden, dass gemäß [§ 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG](#) Grundlage der Einkommensermittlung die entsprechenden monatlichen Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers seien, diese gleichwohl aber nicht als alleinige Erkenntnisquelle für die Art und Höhe der arbeitgeberseitigen Zahlungen heranzuziehen seien und nicht die für die Gewährung des Elterngeldes zuständigen Stellen von ihrer ihnen obliegenden Verpflichtung zur Sachaufklärung entbinden (Urteil des BSG vom 03.12.2009, Az.: [B 10 EG 3/09 R](#)). Allerdings sei die Entscheidung zu einem Sachverhalt ergangen, in dem lediglich die rechtliche Bewertung der abgerechneten Bezüge als sonstiger oder laufender Bezug streitig gewesen sei. Vorliegend sei demgegenüber überhaupt keine Abrechnung der streitigen Provisionen und dementsprechend auch kein Lohnsteuerabzug erfolgt, so dass auch [§ 2 Abs. 7 Satz 3 BEEG](#), wonach als auf die Einnahmen entfallende Steuer die abgeführte Lohnsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer gelte, der Berücksichtigung der Sitting-Provisionen entgegen stehe. Dass die Klägerin nachträglich die zunächst ohne Lohnsteuerabzug zugeflossenen Sitting-Provisionen versteuert habe, führe daher zu keinem anderen Ergebnis, zumal sich aufgrund der nachträglichen Versteuerung der Provisionen eine monatliche Zuordnung der zu berücksichtigenden Steuer nicht vornehmen lasse. Die monatlich anzusetzende Steuer wären fiktiv zu berechnen. Eine solche fiktive Berechnung sehe das Gesetz aber nicht vor. Auch aus der von der H. GmbH ausgestellten Arbeitsbescheinigung gemäß [§ 312 SGB III](#) ergebe sich kein für die Klägerin günstigeres Ergebnis. Zwar seien die dort als beitragspflichtiges Bruttoarbeitsentgelt bescheinigten Beträge deutlich höher als in den monatlichen Gehaltsabrechnungen. Die bescheinigten Beträge würden zwar nicht ganz mit den in den vom Steuerberater der Klägerin genannten Bruttolohnbeträgen in den jeweiligen "Muster-Abrechnungen" übereinstimmen. Die Bescheinigung des Arbeitgebers nach [§ 312 SGB III](#) beinhalte jedoch gerade keine Abrechnung, aus der die Höhe von Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag und die Sozialversicherungsbeiträge entnommen werden könnten. Eine rein fiktive nachträgliche Berechnung dieser Beiträge sehe das BEEG jedoch nicht vor. Die Bescheinigung nach [§ 312 SGB III](#) sei nicht geeignet, eine solche Abrechnung zu ersetzen, zumal aus dieser weder die Höhe des Steuerabzugs noch der abgeführten Sozialversicherungsbeiträge ersichtlich sei. Die - jedenfalls zunächst - "faktisch" steuerfrei bezogenen Sitting-Provisionen würden nach Auffassung der Kammer wie tatsächlich steuerfreie Zuschläge bei der Bemessung des Elterngeldes unberücksichtigt bleiben. Die Kammer verkenne nicht, dass der Klägerin aufgrund der fehlerhaften bzw. unterlassenen Abrechnung durch den ehemaligen Arbeitgeber ein Nachteil bei der Berechnung des Elterngeldes insoweit entstanden sei, als die von der Klägerin bezogenen Sitting-Provisionen nicht elterngeldsteigernd Berücksichtigung gefunden hätten. Das Arbeitsgericht Koblenz habe in seinem Urteil dazu festgestellt, dass die H. GmbH der Klägerin den hieraus entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Dass die Klägerin diesen gerichtlich festgestellten Anspruch gegen die H. GmbH zur Leistung von Schadensersatz wegen der eingetretenen Insolvenz nicht realisieren könne, könne nicht durch die Bewilligung von höherem Elterngeld kompensiert werden.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin zum Bayer. Landessozialgericht vom 18.09.2013, die mit Schriftsatz vom 23.10.2013 näher begründet wurde. Wie das Sozialgericht zunächst zutreffend ausgeführt habe, komme es auf die vom Arbeitgeber nicht erstellten Lohnabrechnungen nicht an, weil der Beklagte andere Erkenntnisquellen hätte nutzen können und müssen. Das Sozialgericht gehe unzutreffend davon aus, dass die vorgelegten Unterlagen untauglich gewesen seien als andere Erkenntnisquelle. Dem Gericht habe die Aufstellung der Klägerin, welche Provisionen sie erhalten habe, vorgelegen. Hinzu komme, dass das Sozialgericht und der Beklagte Zeiträume berücksichtigen wolle, die nicht zu berücksichtigen seien. Das Sozialgericht gehe zutreffend davon aus, dass Zeiträume, in denen die Klägerin wegen der Schwangerschaft erkrankt gewesen sei oder ein Arbeitsverbot vorgelegen habe, nicht einbezogen werden dürften. Die Klägerin sei ab dem 01.12.2008 bis 06.01.2009 wegen der Schwangerschaft arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Ab dem 07.01.2009 habe zu Gunsten der Klägerin ein Arbeitsverbot wegen der Schwangerschaft bestanden, welches wegen den Mutterschutzzeiten bis sechs Wochen vor der Geburt bestanden habe. Es hätten daher nur die Abrechnungen Juni 2008 bis November 2008 zugrunde gelegt werden dürfen. Welche Nettoprovisionen die Klägerin in dieser Zeit erhalten habe, sei sowohl aus der Aufstellung ersichtlich, welche übersandt worden sei und welche hier nochmal dargestellt werde als auch aus den Unterlagen des Arbeitsgerichts Koblenz. Die Zahlungen seien die Grundlage für die Errechnung des durchschnittlich erzielten Nettoverdienstes der letzten drei Monate vor Beginn der schwangerschaftsbedingten Arbeitsunfähigkeit bzw. Arbeitsverbotes gewesen. Der Nettoverdienst der Klägerin sei vom Arbeitsgericht zutreffend mit 1.724,33 EUR zugrunde gelegt worden. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin stellen sodann nochmal die Berechnung der relevanten Gesamtnettolöhne dar, aus denen der Beklagte das Mutterschaftsgeld hätte berechnen können und müssen. Da somit Erkenntnisquellen vorgelegen hätten, die anstelle der Nettoentgeltabrechnungen hätten genutzt werden können, sei der Beklagte verpflichtet, diese zu nutzen und einen entsprechenden Bescheid zu erteilen.

Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin stellen sinngemäß den Antrag, das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 16.05.2013 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 12.10.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.06.2010 zu verurteilen, den Anspruch der Klägerin auf Elterngeld unter Berücksichtigung der im Bemessungszeitraum zugeflossenen "Sitting-Provisionen" und einem Bemessungszeitraum nur von Juni 2008 bis November 2008 neu zu berechnen.

Die Vertreterin des Beklagten stellt den Antrag, die Berufung zurückzuweisen.

Soweit im Rahmen des Berufungsverfahrens nunmehr geltend gemacht werde, dass der Berechnung des Elterngeldes nur die Abrechnungen der Monate Juni 2008 bis November 2008 zugrunde gelegt werden sollen, sei darauf hinzuweisen, dass der Berechnung des Elterngeldes immer ein Bemessungszeitraum von zwölf Monaten zugrunde zu legen sei (vgl. [§ 2 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#)). Ausnahmeregelungen seien insoweit nicht vorgesehen. Nach [§ 2 Abs. 7 Satz 5](#) und 6 BEEG würden lediglich Monate mit den dort aufgelisteten Tatbeständen aus dem 12-Monatszeitraum vor der Geburt des Kindes ausgeklammert und der Bemessungszeitraum um die Zahl der übersprungenen Monate in die

Vergangenheit verschoben. Es verbleibe auch für den Fall der Rückverlagerung bei einem 12-Monatszeitraum. Es sei nicht ersichtlich, aus welchem Grunde die Monate 4 und 5/2008 zurückverlagert werden sollten. Gleiches gelte für den Dezember 2008, in dem eine Lohnfortzahlung erfolgt sei. Die Monate Januar und Februar 2009 seien zurückverlagert worden, da die Klägerin durch den Bezug von Krankengeld einen schwangerschaftsbedingten Einkommensverlust zu verzeichnen gehabt habe. Vom 25.02.2009 bis 04.06.2009 habe ein von der Gewerbeaufsicht verhängtes Beschäftigungsverbot bestanden, welches ebenso nicht mit einem Einkommensverlust verbunden gewesen sei, da in dieser Zeit Mutterschutzlohn gezahlt worden sei. Erst mit Beginn der Zahlung von Mutterschaftsgeld liege wieder ein Rückverlagerungstatbestand im Sinne des [§ 2 Abs. 7 Satz 6 BEEG](#) vor. Die begehrte abweichende Festlegung des Bemessungszeitraums sei also nicht möglich. Hinsichtlich des zu berücksichtigenden Erwerbseinkommens seien keine neuen Gesichtspunkte vorgetragen worden.

Dem Senat liegen die Verwaltungsakte des Beklagten, die Akte des Sozialgerichts Augsburg, [S 7 EG 38/10](#) und die Akte des Bayer. Landessozialgerichts, [L 12 EG 60/13](#) zur Entscheidung vor, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wurden und auf deren weiteren Inhalt ergänzend Bezug genommen wird.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Der Senat sieht gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab, da es die Berufung aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung als unbegründet zurückweist.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der erstmalig im Rahmen des Berufungsverfahrens vorgetragene Auffassung der Klägerin, wonach als Bemessungszeitraum nur die Abrechnungen von Juni 2008 bis einschließlich November 2008 und nicht wie in den angefochtenen Bescheiden des Beklagten von April 2008 bis Dezember 2008 sowie von März 2009 bis Mai 2009 zugrunde zu legen seien, nicht zu folgen ist. Gemäß [§ 2 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) in der maßgeblichen Fassung des zum 01.01.2007 durch das Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 05.12.2006 ([BGBl. I, S. 2748](#)) in Kraft getretenen BEEG mit Änderungen vom 19.08.2007 ([BGBl. I, S. 1970](#)) und vom 28.03.2009 ([BGBl. I, S. 634](#)) wird Elterngeld in Höhe von 67 % des in den 12 Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1.800,- EUR monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. Für die Berechnung des Elterngeldes ist also ausnahmslos immer ein Bemessungszeitraum von 12 Kalendermonaten zugrunde zu legen. Nach [§ 2 Abs. 7](#) Sätze 5 und [6 BEEG](#) werden lediglich Monate mit dort abschließend aufgeführten Tatbeständen (Bezug von Elterngeld für ein älteres Kind und Kalendermonate, in denen die berechnete Person Mutterschaftsgeld nach der RVO oder dem KVLG bezogen hat oder in denen während der Schwangerschaft wegen einer maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückzuführenden Erkrankung Einkommen aus Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise weggefallen ist) aus dem 12-Monatszeitraum vor der Geburt des Kindes nicht berücksichtigt und der Bemessungszeitraum um diese Zahl der nicht berücksichtigten Monate in die Vergangenheit zurückverlagert. Aber auch in den Fällen einer Rückverlagerung - wie hier - verbleibt es immer bei einem Bemessungszeitraum von 12 Kalendermonaten für die Berechnung des Elterngeldes. Hiervon ausgehend wurden die Monate Januar und Februar 2009 nicht berücksichtigt und entsprechend in die Vergangenheit zurückverlagert, da die Klägerin durch den Bezug von Krankengeld einen schwangerschaftsbedingten Einkommensverlust zu verzeichnen hatte. Vom 25.02.2009 bis 04.06.2009 bestand zwar ein von der Gewerbeaufsicht verhängtes Beschäftigungsverbot, welches aber wegen des in dieser Zeit gezahlten Mutterschutzlohnes nicht zu einem Einkommensverlust geführt hat. Erst mit Beginn der Zahlung von Mutterschaftsgeld vor dem Monat der Geburt des Kindes in den Monaten Juni und Juli 2009 liegt wieder ein Rückverlagerungstatbestand im Sinne des [§ 2 Abs. 7 Satz 6 BEEG](#) vor, so dass die Monate Juni und Juli nicht zu berücksichtigen und in die Vergangenheit zurück zu verlagern waren. In den Monaten April und Mai 2008 ist dagegen kein Rückverlagerungstatbestand im Sinne des [§ 2 Abs. 7](#) Sätze 5 und [6 BEEG](#) erkennbar, so dass diese Monate bei der Berechnung des Elterngeldes zu berücksichtigen waren. Insgesamt lässt sich daher feststellen, dass der vom Beklagten in den streitgegenständlichen Bescheiden zugrunde gelegte Bemessungszeitraum von April 2008 bis Dezember 2008 und von März 2009 bis Mai 2009 nicht zu beanstanden ist. Hinsichtlich der umstrittenen Frage der Einkommensermittlung ist Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung die Vorschrift des [§ 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG](#), wonach Grundlage der Einkommensermittlung die entsprechenden monatlichen Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers sind. Solche Lohn- und Gehaltsbescheinigungen kann die Klägerin nicht vorlegen und wird sie auch künftig nicht mehr vorlegen können, weil der Arbeitgeber sich stetig geweigert hat, solche Abrechnungen zu erstellen, später in die Insolvenz gegangen ist und heute nicht mehr existent ist, da die Firma gelöscht wurde. Auch der Insolvenzverwalter hat die Erstellung solcher Gehaltsabrechnungen abgelehnt. Bezüglich der Ermittlung des Einkommens hat das BSG (vgl. Urteil vom 03.12.2009, Az.: [B 10 EG 3/09 R](#), juris Rdz. 27 und zuletzt BSG, Urteil vom 20.05.2014, juris Rdz. 23) entschieden, dass der Wortlaut des [§ 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG](#) nur aussage, dass die monatlichen Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers im Regelfall übernommen werden können, aber nicht stets übernommen werden müssen. Sie sind lediglich als "Grundlage", nicht aber als alleinige Erkenntnisquelle für die Art und Höhe der arbeitgeberseitigen Zahlungen bezeichnet. [§ 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG](#) will damit lediglich die Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen erleichtern, nicht jedoch die für die Gewährung des Elterngeldes zuständigen Stellen von ihrer ihnen gemäß [§ 26 Abs. 1 BEEG](#) i.V.m. [§ 20 SGB X](#) obliegenden Sachaufklärungspflicht entbinden. In dem Urteil des BSG vom 20.05.2014 hat das BSG ausgeführt, dass, wenn sich die von den Einnahmen in Abzug zu bringenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge aus den vorgelegten Lohnabrechnungen nicht ergeben, die Elterngeldstellen die feststehenden Rechenwerte auf andere Weise zu ermitteln haben, etwa mit Hilfe allgemein zugänglicher Berechnungsprogramme oder durch amtliche Auskünfte. Die den genannten Urteilen zugrundeliegenden Fallgestaltungen unterscheiden sich erheblich von der hier vorliegenden. In der Entscheidung des BSG vom 03.12.2009 ging es nicht um die Frage des Ob und des Umfangs des bezogenen Einkommens, sondern um die rechtliche Bewertung von der Klägerin zugeflossenem Einkommen, nämlich um die Frage, ob die zugeflossene Umsatzbeteiligung als sonstiger Bezug oder als laufender Arbeitslohn anzusehen ist. In dem dem Urteil des BSG vom 20.05.2014 zugrundeliegenden Sachverhalt war eine Überzahlung des Vormonats im folgenden Monat durch Aufrechnung des Beklagten bei einer Beamtin ausgeglichen worden. Auch hier ergeben sich die Überzahlung und die Aufrechnung betragsmäßig aus den Gehaltsmitteilungen. Dem Einwand, es würden hier fiktive Steuern berücksichtigt, ist das BSG mit dem Hinweis entgegen getreten, dass die auf die durch Aufrechnung erloschenen Gehaltsansprüche entfallenen Steuern tatsächlich entrichtet wurden, zwar nicht in den für die Berechnung des Elterngeldes maßgebenden Kalendermonaten, sondern schon in der Zeit davor, als der Klägerin zu Unrecht überhöhte Gehaltszahlungen geleistet wurden. Das BEEG mache es jedoch nicht zur Voraussetzung für die Berücksichtigung von Einkünften aus nicht selbständiger Arbeit, dass auch die Abführung der Lohnsteuer im Bemessungszeitraum erfolgt ist (vgl. hierzu bereits Urteil vom 18.08.2011, Az.: [B 10 EG 5/11 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr. 11 Rdnrn. 28 ff.). Dementsprechend kann auch in der vorliegenden Fallgestaltung der Klägerin nicht entgegen gehalten werden, dass sie die Sitting-Provisionen erst später versteuert hat. Im Unterschied zu den genannten Entscheidungen des BSG gibt es vorliegend aber überhaupt keine Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers hinsichtlich der Sitting-Provisionen von 2,50 EUR bzw. 3,- EUR netto je fotografiertes Sitting (vgl. Nr. 5 des Anstellungsvertrages vom 06.08.2005). Der

Beklagte und ihm folgend das Sozialgericht hat sich daher zu Recht auf den Standpunkt gestellt, dass mangels Vorliegen von - diesbezüglichen - monatlichen Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers die Nettoprovisionen nicht zu berücksichtigen sind. Es bestehen nämlich keine ausreichenden anderweitigen Erkenntnisquellen, die trotz Fehlens von Bescheinigungen des Arbeitgebers eine nachvollziehbare Einkommensermittlung erlauben. Dies gilt zunächst für die von der Klägerin selbst gefertigte Aufstellung der bar eingekommenen Sitting-Provisionen von Januar 2008 bis November 2008, die der Steuerberater der Klägerin zu einer Musterberechnung verwertet hat, in dem er den Nettoauszahlungsbeträgen gemäß Bestätigung des Arbeitgebers die Nettoprovisionen gemäß Aufstellung der Klägerin hinzu addiert hat und diese dann gemäß den geltenden steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften auf den Bruttolohn hinauf gerechnet hat.

Die Aufstellung des Steuerberaters beruht hinsichtlich der Sitting-Provisionen ausschließlich auf den eigenen Angaben der Klägerin. Diese stellen für sich alleine keine ausreichende Erkenntnisquelle für das Einkommen der Klägerin dar. Eine vollständige Ersetzung der monatlichen Lohn- und Gehaltsbescheinigungen durch Eigenangaben des Arbeitnehmers ist nach Auffassung des Senats im Rahmen des [§ 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG](#) in der bis 31.12.2012 geltenden Fassung nicht möglich. Vorliegend kommt hinzu, dass die korrekte Erstellung der Lohn- und Gehaltsbescheinigungen zwar originäre Aufgabe des Arbeitgebers ist, es aber auch im wohlverstandenen Interesse des Arbeitnehmers liegt, diese Bescheinigungen zumindest zur Kenntnis zu nehmen, um offensichtliche Unrichtigkeiten zu erkennen und in der Folge Nachteile bei der Berechnung von Sozialleistungen und eventuell strafrechtlich relevantes Verhalten zu vermeiden. Der Senat hält es für ausgeschlossen, dass die Klägerin Monat für Monat über mehr als ein Jahr hinweg die Falschheit der Lohn- und Gehaltsbescheinigungen ihres Arbeitgebers nicht erkannt hat, zumal die Sitting-Provisionen nach ihren Angaben einen erheblichen Teil ihres Einkommens ausmachen, in einigen Monaten nahezu 50 %. Jedenfalls liegt bei der Klägerin eine grob fahrlässige Unkenntnis der Falschheit der Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers vor, die mit dazu beigetragen hat, dass keine ausreichende Grundlage für die Berücksichtigung der Sitting-Provisionen bei der Elterngeldberechnung besteht. Ausreichende Erkenntnisse ergaben sich auch nicht aus der Arbeitgeberbescheinigung über den Zeitraum 2008 bis September 2009, die der frühere Arbeitgeber der Klägerin gegenüber der Bundesagentur für Arbeit im Zusammenhang mit Geldleistungen nach dem SGB III ([§ 312 SGB III](#)) übersandt hat. Die darin aufgeführten Beträge, die nach dem Formblatt - anders als die Aufstellung des Steuerberaters - auch Einmalzahlungen beinhalten, stimmen in keinem einzigen Monat mit den Bruttoberechnungen des Steuerberaters überein, weichen in den Monaten 2008 bis November 2008 aber jeweils nur um geringfügige Eurobeträge von den Berechnungen des Steuerberaters ab, ab dem Monat Dezember 2008 sind die Abweichungen dagegen erheblich, hier hat der frühere Arbeitgeber der Klägerin die Nettoprovisionen wohl entweder gar nicht oder nur in ganz geringem Umfang in die Arbeitgeberbescheinigung gegenüber der Bundesagentur für Arbeit aufgenommen.

Die Arbeitgeberbescheinigung ist auch für sich alleine nicht geeignet, als Grundlage für die Elterngeldberechnung der Klägerin zu dienen. Darin wird lediglich das beitragspflichtige Bruttoarbeitsentgelt vom 01.08.2008 bis 13.09.2009 angegeben, wobei dieses nicht näher spezifizierte Einmalzahlungen enthält. Insgesamt besteht daher keine tragfähige Grundlage für die Berücksichtigung der Sitting-Provisionen bei der Berechnung des Elterngeldes der Klägerin.

Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 183, 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2015-07-09