L 2 EG 8/10

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung
2
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 31 EG 26/09
Datum
21.09.2010
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 2 EG 8/10
Datum
20.02.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 21. September 2010 aufgehoben sowie der Bescheid der Beklagten vom 18. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Mai 2009 abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Elterngeld in Höhe von 1.800,00 EUR monatlich abzüglich des bezogenen Mutterschaftsgeldes und des bezogenen Zuschusses zum Mutterschaftsgeld zu gewähren. Die Beklagte hat der Klägerin ihre notwendigen außergerichtlichen Kosten für das Klage- und das Berufungsverfahren dem Grunde nach zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Höhe des Elterngeldanspruchs der Klägerin.

Die 1976 geborene Klägerin besitzt die deutsche Staatsangehörigkeit und lebt mit ihrem Ehemann in H ... Sie bezog vor der Geburt ihrer Tochter Y. am XXXXX 2009 Erwerbseinkommen aus einer abhängigen Beschäftigung als Zahntechnikerin bei der Praxislaborgemeinschaft E. in H., einem Minijob bei der Ärztin D. in H. und einer Aushilfstätigkeit bei der Firma A ... § 7 des zwischen der Fa. E. und der Klägerin am 1. Oktober 2006 geschlossenen Anstellungsvertrages vom 1. Oktober 2006 lautet wie folgt:

"Frau C. erhält für die Tätigkeit ein monatliches Bruttoentgelt von 2.033,88 EUR, außerdem vermögenswirksame Leistungen in Höhe von 26,59 EUR und Fahrgeld in Höhe von 64,10 EUR zahlbar am Ende eines Monats nachträglich. Es werden 13 Gehälter per anno gezahlt, aufgeteilt in ½ im Juni, ½ im November. Mehrarbeit wird über einen Umsatzschlüssel vergütet. D.h. für zahntechnische Umsätze, die dem Zahntechniker Frau C. individuell zugerechnet werden können und über 82.585,08 EUR liegen, erhält dieser eine Umsatzbeteiligung von 15 %. Es wird eine monatliche Vorschusszahlung auf die zu erwartende Umsatzbeteiligung von EUR 255,65 vereinbart. Alle darüber hinausgehende Leistungen und Vergütungen der Praxisgemeinschaftslaborinhaber sind freiwilliger Natur. Auf sie besteht kein Rechtsanspruch. Das gilt insbesondere für Gratifikationen, gleich aus welchem Anlass ... Auf den Antrag der Klägerin vom 9. Februar 2009 bewilligte ihr die Beklagte mit Bescheid vom 18. März 2009 für das erste Lebensjahr ihres Kindes Elterngeld in Höhe von 67 vH eines durchschnittlich erzielten monatlichen Nettoeinkommens in Höhe von 1.867,22 EUR, das sie, ausgehend von einem Bemessungszeitraum von November 2007 bis Oktober 2008, auf Grundlage der vorgelegten Gehaltsabrechnungen und der in den Abrechnungen der Fa. E. ausgewiesenen Steuer-Brutto-Gehälter ermittelt hatte. Bei der Leistungsbemessung ließ die Beklagte unter anderem drei in den Monaten Dezember 2007 in Höhe von 6.284,17 EUR, im Mai 2008 in Höhe von 21.506,92 EUR und im Juli 2008 in Höhe von 7.277,64 EUR gezahlte Umsatzbeteiligungen unberücksichtigt. Hieraus ergab sich ein monatlicher Elterngeldanspruch von 1.251,04 EUR, der wegen der Anrechnung des zuvor bezogenen Mutterschaftsgeldes nebst Arbeitgeberzuschuss (55,20 EUR kalendertäglich) für den ersten Lebensmonat des Kindes auf 0,- EUR und für den zweiten Lebensmonat auf 89,36 EUR vermindert wurde.

Mit ihrem hiergegen eingelegten Widerspruch machte die Klägerin geltend, dass die Beklagte die Umsatzbeteiligungen, die nach dem von ihr vorgelegten Arbeitsvertrag ein variabler Bestandteil ihres Gehalts seien, bei der Berechnung des Elterngeldanspruchs hätte berücksichtigen müssen. Nach § 7 ihres Arbeitsvertrages enthielten die monatlichen Zahlungen einen Vorschuss auf die zu erwartende Umsatzbeteiligung. Somit sei diese eine endgültige Abrechnung der laufenden monatlichen Vorauszahlung. Hiermit blieb die Klägerin ohne Erfolg. Mit Widerspruchsbescheid vom 7. Mai 2009 wies die Beklagte den Widerspruch zurück und führte zur Begründung aus, sie habe als Einkommen im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 2 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) nur die laufenden monatlichen Bruttoeinkünfte einschließlich der (laufend gezahlten) Umsatzbeteiligungen aus den Monaten November 2007 bis Oktober 2008 berücksichtigen müssen. Die darüber hinaus gezahlten Umsatzbeteiligungen seien als sonstige Bezüge im Sinne von § 2 Abs. 7 Satz 2 BEEG in Verbindung mit § 38a Abs. 1 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) anzusehen. Hierzu gehörten insbesondere Gratifikationen und Tantiemen, die nicht fortlaufend gezahlt würden. Die genannten Zahlungen seien in sehr unterschiedlicher Höhe und in unregelmäßigen Abständen erfolgt, so

dass von einer fortlaufenden Zahlung nicht die Rede sein könne. Gemäß § 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG seien Grundlage der Einkommensermittlung zudem die entsprechenden monatlichen Lohn- und Gehaltsabrechnungen des Arbeitgebers. Aus ihnen gehe wegen des dort jeweils eingetragenen "S" für "sonstige Bezüge" eindeutig hervor, dass der Arbeitgeber die Umsatzbeteiligungen als sonstige Bezüge abgerechnet habe. Sie seien deshalb auch entsprechend zu behandeln.

Die Klägerin hat am 5. Juni 2009 Klage vor dem Sozialgericht Hamburg erhoben und ihren Anspruch auf höheres Elterngeld unter Berücksichtigung der Umsatzbeteiligungen aus den Monaten Dezember 2007, Mai 2008 und Juli 2008 weiter verfolgt. Aus § 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG lasse sich nicht ableiten, dass die in den Gehaltsabrechnungen erfolgte Kennzeichnung der Umsatzbeteiligungen als sonstige Bezüge maßgeblich sei (Hinweis auf LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20. Januar 2009 – L 12 EG 7/08, juris). Der Berücksichtigung dieser Bezüge stehe auch § 2 Abs. 7 Satz 2 BEEG nicht entgegen. Zwar ordne diese Vorschrift prinzipiell die Nichtberücksichtigung sonstiger Bezüge im Sinne von § 38a Abs. 1 Satz 3 EStG als Einnahmen an. Dieser regele jedoch allein die Frage, welchem Kalenderjahr laufende oder sonstige Bezüge zuzuordnen seien. Für die Ermittlung des ausgefallenen Einkommens, das durch das Elterngeld teilweise ersetzt werden solle, sei diese Unterscheidung aber unerheblich. Zahlungen, die regelmäßig, wenn auch nicht monatlich geleistet würden und auf die wenigstens dem Grunde nach ein Rechtsanspruch bestehe, prägten dauerhaft die Einkommensverhältnisse der Eltern und ihren Lebensstandard, den sie bei einer Entscheidung für ein Kind wesentlich mit Hilfe des Elterngeldes aufrechterhalten können sollten (Hinweis auf LSG Berlin-Brandenburg, a.a.O.). Die Umsatzbeteiligungen schwankten zwar in ihrer Höhe, stellten aber eine Vergütung für Mehrarbeit dar und ließen sich anhand der der Klägerin zuzurechnenden Umsätze exakt berechnen. Insofern sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte die laufenden Vorschusszahlungen auf die Umsatzbeteiligung dem zu berücksichtigenden Einkommen zugerechnet habe, nicht aber die letztlich abgerechneten Umsatzbeteiligungen. Sie könne hier nicht nach Gusto aufteilen und sich selbst widersprechen. Unrichtig sei auch die Annahme der Beklagten, dass es sich bei ihnen um freiwillige Leistungen handele. Nach allem müssten auch diese Leistungen in die Bemessung des Elterngeldes einfließen. Auch nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 3. Dezember 2009 – B 10 EG 3/09 R, juris, stehe fest, dass alle den Elterngeldberechtigten im Bemessungszeitraum zugeflossenen Umsatzbeteiligungen, die fortlaufend oder wiederkehrend gezahlt würden, als laufender Arbeitslohn und nicht als sonstige Bezüge anzusehen seien.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Es sei für die Zuordnung von Einkommen entweder zum laufenden Arbeitslohn oder zu sonstigen Bezügen im Sinne von § 38a EStG nicht entscheidend, ob ein Rechtsanspruch auf die jeweilige Leistung bestehe und welchen Zweck die Unterscheidung im steuerrechtlichen Sinne verfolge. Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 7 Satz 2 BEEG und dem Willen des Gesetzgebers diene die Unterscheidung im Elterngeldrecht ausschließlich der Frage, welches Einkommen bei der Berechnung des Elterngeldes zu berücksichtigen sei. Hierzu gehörten die hier streitigen Umsatzbeteiligungen jedenfalls nicht. Auch die Entscheidung des BSG vom 3. Dezember 2009 ändere hieran nichts. Denn anders als in dem jener Entscheidung zu Grunde liegenden Fall, in dem die Umsatzbeteiligungen mehrmals im Jahr nach festgelegten Berechnungsstichtagen regelmäßig gezahlt worden seien, liege hier eine unregelmäßige Zahlung vor.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 21. September 2010 abgewiesen und zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dass nach der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 7 nur solche Einkommen bei der Berechnung der Höhe des Elterngeldes heranzuziehen seien, die nachhaltig und damit kalkulierbar verlässlich die Einkommensverhältnisse im Bemessungszeitraum prägten. Dies aber setze auch nach der Argumentation des BSG in der Entscheidung vom 3. Dezember 2009 voraus, dass die Berechnungstage und Auszahlungszeitpunkte vertraglich festgelegt seien. Hieran fehle es im vorliegenden Fall.

Gegen dieses, ihrem Prozessbevollmächtigten am 27. September 2010 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 27. Oktober 2010 Berufung eingelegt. Sie hält an ihrer Auffassung fest, dass die ihr in den Monaten Dezember 2007, Mai 2008 und Juli 2008 zugeflossenen Umsatzbeteiligungen bei der Bemessung des Elterngeldes berücksichtigt werden müssten. Es handele sich bei ihnen nicht um sonstige Bezüge im Sinne von § 38a Abs. 1 Satz 3 EStG. Der Entscheidung des BSG vom 3. Dezember 2009 könne entgegen der Auffassung des Sozialgerichts nicht entnommen werden, dass Umsatzbeteiligungen, die nicht zu vertraglich festgelegten Stichtagen berechnet würden, bei der Berechnung von Elterngeld nicht zu berücksichtigen seien. Es habe als laufenden Arbeitslohn vielmehr alle Zahlungen des Arbeitgebers angesehen, die, wenn auch in schwankender Höhe, zeitraumbezogen und regelmäßig wiederkehrend erfolgten. Nicht dagegen komme es auf die Festlegung von Berechnungsstichtagen an. Diese seien nur erwähnt worden, weil sie Element des vom BSG beurteilten Ausgangssachverhalts gewesen seien. Für die Frage, ob es sich um laufenden Arbeitslohn handele, spiele die Berechnung einer Zahlung oder der Stichtag, zu dem sie erfolge, keine Rolle. Danach seien die Umsatzbeteiligungen als laufender Arbeitslohn anzusehen. Durch sie habe die Arbeitsleistung der Klägerin in zurückliegenden Zeiträumen abgegolten werden sollen. Sie seien der Klägerin auch regelmäßig wiederkehrend gezahlt worden. Denn nach ihrem Arbeitsvertrag habe die Wiederholung dieser Zahlungen in gewissen Zeitabständen festgestanden (Hinweis auf Kommentierungen des § 11 Abs. 1 Satz 2 EStG), und sie seien auch nicht nur einmal oder rein zufällig mehrmals angefallen (Hinweis auf Urteile des Bundesfinanzhofs vom 10. Dezember 1985 – VIII R 15/83 – und 1. August 2007 – XI R 48/05). Die Klägerin habe derartige Zahlungen auch in anderen Jahren zweimal jährlich erhalten, und in den Jahren 2007 und 2008 habe sie ihren Arbeitseinsatz noch einmal deutlich gesteigert, um die zu erwartende Einkommenseinbuße während der Schwangerschaft abzufedern. Dies sei ihr gutes Recht und stehe vollkommen im Einklang mit den gesetzgeberischen Motiven zur Einführung des BEEG.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 21. September 2010 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung ihres Bescheides vom 18. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Mai 2009 zu verurteilen, der Klägerin Elterngeld in Höhe von 1.800,00 EUR monatlich unter Abzug des bezogenen Mutterschaftsgeldes und des bezogenen Zuschusses zum Mutterschaftsgeld zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung ihres Antrages verweist sie auf die Ausführungen des Sozialgerichts in dem angefochtenen Urteil sowie auf ihren Sachvortrag im bisherigen Verfahren. Weiter weist sie darauf hin, dass die streitigen Umsatzbeteiligungen vorliegend nicht stets mehrmals im Jahr nach festgelegten Berechnungsstichtagen regelmäßig gezahlt worden seien, sondern zum Teil nur einmal im Jahr. So habe die Klägerin, soweit ersichtlich, im Jahre 2007 lediglich im Dezember eine Umsatzbeteiligung in Höhe von 6.284,17 Euro erhalten.

Mit Schriftsätzen vom 12. und 18. Februar 2013, auf deren Inhalt Bezug genommen wird, hat die Klägerin die Berechnung der Umsatzbeteiligungen näher erläutert.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze, die Sitzungsniederschrift vom 20. Februar 2013 sowie den Inhalt der dort aufgeführten Unterlagen Bezug genommen, die vorgelegen haben und Gegenstand der Beratung des Senats gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte über die Berufung entscheiden, obwohl die Beklagte in der mündlichen Verhandlung am 20. Februar 2013 nicht zugegen war. Denn die Beklagte hat ihr mit einer Erkrankung der allein sachbearbeitenden Referentin begründetes Terminsverlegungsgesuch vom 19. Februar 2012 auf telefonische Anfrage des Gerichts mit Schriftsatz vom 20. Februar 2013, der vor Beginn der Verhandlung als Telefaxschreiben eingegangen ist, nicht mehr aufrecht erhalten, sondern sich damit einverstanden erklärt, dass ohne ihre Anwesenheit verhandelt und entschieden werde. Die Berufung ist statthaft (§§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG)) und auch sonst zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 151 Abs. 1 SGG).

Sie ist auch begründet.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Bescheid vom 18. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Mai 2009, mit dem es die Beklagte abgelehnt hat, der Klägerin höheres Elterngeld unter Berücksichtigung der hier streitigen Umsatzbeteiligungen zu gewähren. Ihr nunmehr formuliertes Klageziel besteht darin, dass ihr Elterngeld in Höhe des gesetzlichen Höchstbetrages von monatlich 1.800,00 EUR abzüglich des bezogenen Mutterschaftsgeldes und des bezogenen Zuschusses zum Mutterschaftsgeld gewährt wird. Da die Berücksichtigung der in den Monaten Dezember 2007, Mai 2008 und Juli 2008 gezahlten Umsatzbeteiligungen entsprechend dem im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Klageantrag zum selben Ergebnis führen würde, ohne dass der Klagegrund eine Änderung erfahren hätte, ist in dem nunmehr gestellten Antrag auch keine Klageänderung zu sehen (§ 99 Abs. 3 Nr. 2 SGG).

Das Sozialgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen.

Der von der Klägerin verfolgte Anspruch auf Elterngeld wegen ihrer am XXXXX 2009 geborenen Tochter richtet sich nach dem am 1. Januar 2007 durch das Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2748 mit späteren Änderungen) in Kraft getretenen BEEG.

Die Klägerin ist dem Grunde nach zum Bezug von Elterngeld berechtigt. Denn sie erfüllt die Anspruchsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 BEEG, weil sie ihren Wohnsitz in Deutschland hat (Nr. 1), mit ihrem Kind jedenfalls während des hier streitigen Leistungszeitraums in einem Haushalt gelebt (Nr. 2), ihr Kind dieser Zeit selbst betreut und erzogen hat (Nr. 3) und selbst keine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat (Nr. 4).

Für die deshalb zu Recht allein streitige Höhe des Elterngeldanspruchs bestimmt § 2 Abs. 1 BEEG, dass Elterngeld in Höhe von 67 Prozent des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1.800,- Euro monatlich für volle Monate gezahlt wird, in denen die berechtigte Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt (Satz 1). Als Einkommen aus Erwerbstätigkeit ist die Summe der positiven Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 des Einkommensteuergesetzes nach Maßgabe der Absätze 7 bis 9 zu berücksichtigen (Satz 2). Bei der Bestimmung der zwölf für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes zugrunde zu legenden Kalendermonate bleiben nach § 2 Abs. 7 Satz 6 BEEG unter anderem Kalendermonate unberücksichtigt, in denen die berechtigte Person Mutterschaftsgeld bezogen hat. Da dies bei der Klägerin für die Monate von November 2008 bis März 2009, d.h. über die Geburt ihres Kindes hinaus der Fall war, ist der Beginn des hier maßgeblichen Zwölf – Monatszeitraums um einen Monat zurück zu verschieben. Hiernach hat die Beklagte den Bemessungszeitraum zutreffend auf die Monate von November 2007 bis Oktober 2008 festgelegt.

Bei der Ermittlung des für den Bemessungszeitraum zu Grunde liegenden Bemessungseinkommens ist gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 BEEG zwischen dem Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 - 4 des EStG zu unterscheiden. Da die Klägerin vor der Geburt ihrer Tochter eine versicherungspflichtige Beschäftigung als Zahntechnikerin sowie zwei Minijobs ausgeübt hat, ist für die Bestimmung des maßgeblichen Einkommens § 2 Abs. 7 BEEG einschlägig. Nach Satz 1 dieser Vorschrift ist als Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit der um die auf dieses Einkommen entfallenden Steuern und die Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung in Höhe des gesetzlichen Anteils der beschäftigten Person einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung verminderte Überschuss der Einnahmen in Geld oder Geldeswert über die mit einem Zwölftel des Pauschbetrags nach § 9a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a) EStG anzusetzenden Werbungskosten zu berücksichtigen. Sonstige Bezüge im Sinne von § 38a Abs. 1 Satz 3 EStG werden nicht als Einnahmen berücksichtigt (Satz 2). Als auf die Einnahmen entfallende Steuern gelten die abgeführte Lohnsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer, im Falle einer Steuervorauszahlung der auf die Einnahmen entfallende monatliche Anteil (Satz 3). Grundlage der Einkommensermittlung sind die entsprechenden monatlichen Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers (Satz 4). Als auf die Einnahmen entfallende Steuern gelten die abgeführte Lohnsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer, im Falle einer Steuervorauszahlung der auf die Einnahmen entfallende monatliche Anteil (Satz 5).

Bei der Anwendung der steuerrechtlichen Vorschriften zur Einkommensermittlung ist auf das im Bemessungszeitraum erzielte Einkommen abzustellen. Die am Jahresprinzip des § 2 Abs. 2 EStG orientierte lohnsteuerrechtliche Zuordnung, wonach später als drei Wochen nach Jahresende für Lohnzahlungszeiträume des abgelaufenen Jahres zugeflossener Arbeitslohn als sonstiger Bezug im Folgejahr bezeichnet ist, ist im Rahmen des § 2 Abs. 7 Satz 2 BEEG nicht zu übernehmen. Denn § 2 Abs. 7 Satz 2 BEEG verweist ausdrücklich nur auf § 38a Abs. 1 Satz 3 EStG, nicht aber auf § 11 EStG, wo die zeitliche Zuordnung von Einnahmen, insbesondere der Zufluss von Leistungen geregelt wird. Zudem würde die vollständige Nichtberücksichtigung solcher, für das zurückliegende Kalenderjahr erbrachter Zahlungen beim Elterngeld an der Besteuerung der Einkünfte im Folgejahr nichts ändern, und ein solches Ergebnis wäre mit Wortlaut, Sinn und Zweck des Elterngeldes nicht vereinbar (vgl. BSG, Urteile vom 3. Dezember 2009, a.a.O und vom 18. August 2011 – B 10 EG 5/11 R, SozR 7837 § 2 Nr. 11). Als

"erzielt" iSv § 2 Abs. 1 Satz 1 und § 7 Satz 1 BEEG ist Arbeitsentgelt bereits dann anzusehen, wenn es dem Anspruchsteller – wie hier der Klägerin – im Bemessungszeitraum tatsächlich zugeflossen ist. Ob es auch im Bemessungszeitraum erarbeitet worden ist, ist grundsätzlich ohne Bedeutung. Dieses strenge Zuflussprinzip ist bei Arbeitnehmern allerdings zu modifizieren. Hierzu hat das BSG hat in zwei Urteilen vom 30. September 2010 (B 10 EG 19/09 R, SozR 4-7837 § 2 Nr. 6) und vom 18. August 2011 (B 10 EG 5/11 R, a.a.O.) entschieden, dass für die Bemessung des Elterngeldes aus nichtselbstständiger Tätigkeit nicht nur das im Bemessungszeitraum tatsächlich zugeflossene, sondern auch das darin erarbeitete und erst nach dessen Ablauf infolge nachträglicher Vertragserfüllung gezahlte Arbeitsentgelt zugrunde zu legen ist, mithin insoweit – anders als bei Selbstständigen (vgl. BSG, Urteil vom 29. August 2012, B 10 EG 18/11 R) – das modifizierte Zuflussprinzip gelte. Hieraus folgt nach Auffassung des Senats, dass in beiden Fällen eine Berücksichtigung erfolgen muss, der tatsächliche Zufluss also ausreicht und außerdem das im Fall der nachträglichen Vertragserfüllung zugeflossene Arbeitsentgelt ebenfalls zu berücksichtigen ist, soweit es im Bemessungszeitraum erarbeitet worden ist. Hierfür spricht auch, dass der Bezug des Arbeitsentgelts eine Steuerpflicht auslöst und damit zum Steueraufkommen beiträgt, aus dem das Elterngeld finanziert wird. Auch die vom BSG in Bezug genommene Rechtsprechung zum Begriff des "Erzielens" im anderen Sozialleistungsbereichen deutet darauf hin, dass es sich, wie die Begriffsbildung zeigt, nur um eine Modifizierung, nicht aber um eine Aufgabe des Zuflussprinzips handelt. Denn auch beim Arbeitslosen- oder Krankengeld ist die grundsätzliche Bemessung nach dem Zufluss des bemessungsrelevanten Arbeitsentgelts zu keiner Zeit in Frage gestellt worden; vielmehr ging es auch hier stets nur darum, besonderen Fallkonstellationen gerecht zu werden.

Streitig ist hier, ob die der Klägerin im Dezember 2007 in Höhe von 6.284,17 EUR, im Mai 2008 in Höhe von 21.506,92 EUR und im Juli 2008 in Höhe von 7.277,64 EUR gezahlten und ihr damit zugeflossenen Brutto-Umsatzbeteiligungen als sonstige Bezüge im Sinne von § 38a Abs. 1 Satz 3 EStG anzusehen sind. Nach dieser Vorschrift, die hier in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4210) anzuwenden ist, sind sonstige Bezüge die Teile des Arbeitslohns, die nicht als laufender Arbeitslohn gezahlt werden. Zum Arbeitslohn gehören, wie sich aus dem Wortlaut des § 38 Abs. 1 Satz 1 EStG und den dort genannten, in § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG definierten "Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit" ergibt, bei denen "die Einkommensteuer durch Abzug vom Arbeitslohn erhoben" wird, insbesondere Gehälter, Löhne, Gratifikationen, Tantiemen und andere Bezüge und Vorteile für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst, die abstrakt durch das individuelle Dienstverhältnis veranlasst und im weitesten Sinne die Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft des Arbeitnehmers sind, ihm also aus dem Dienstverhältnis heraus zufließen (vgl. BSG, Urteile vom 3. Dezember 2009 – B 10 EG 3/09 R, BSGE 105, S. 84, und vom 29. August 2012 – B 10 EG 8/11 R und 20/11 R, letztere Entscheidung bisher nur in juris veröffentlicht, jeweils mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs und der steuerrechtlichen Literatur).

Hiernach kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass die im vorliegenden Verfahren streitigen Umsatzbeteiligungen zum Arbeitslohn der Klägerin gehörten. Denn sie stellen eine Gegenleistung für ihr individuell zuzurechnende Arbeitsleistungen, nämlich die Generierung von Umsätzen dar, welche den in § 7 ihres Arbeitsvertrages genannten Schwellenbetrag übersteigen.

Zu prüfen bleibt, ob sie als laufender Arbeitslohn oder als sonstige Bezüge anzusehen sind. Hierzu enthält das Gesetz lediglich eine negative Abgrenzung, wonach jeglicher Arbeitslohn, der nicht als laufender Lohn geleistet wird, sonstiger Bezug ist. Nach der bereits zitierten Rechtsprechung des u.a. für Streitigkeiten nach dem BEEG zuständigen 10. Senats des BSG (vgl. Urteil vom 29. August 2012 – B 10 EG 20/11 R, Randnr. 53) stellen Arbeitsentgeltbeträge im Rahmen des BEEG bis zum Inkrafttreten der Änderung des § 2 Abs. 7 Satz 2 BEEG durch das Haushaltsbegleitgesetz 2011 vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I S.1885) auch dann, wenn sie im Lohnsteuerabzugsverfahren durch den Arbeitgeber als solche behandelt worden sind, keine sonstigen Bezüge, sondern laufenden Arbeitslohn dar, wenn es sich um mindestens zwei zusammenhängende Zahlungen innerhalb des Bemessungszeitraums handelt, die nicht anlassgebunden, sondern zeitraumbezogen geleistet werden und eine hinreichende Beziehung zu der tatsächlich erbrachten Arbeit haben. Das BSG hat diese Rechtsauffassung aus folgenden Erwägungen abgeleitet:

53 Wann Arbeitslöhne laufend sind oder wann sonstige Bezüge iS des § 38a Abs 1 S 3 EStG vorliegen, definiert das Gesetz nicht. Es findet sich lediglich eine negative Abgrenzung, wonach jedweder Arbeitslohn, der nicht als laufend geleistet wird, sonstiger Bezug ist (vgl Eisgruber in Kirchhof, EStG, 10. Aufl 2011, § 38a RdNr 5; Tillmann in Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Stand 11/2010, § 38a RdNr 21; Trzaskalik in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, Stand 8/2012, § 38a B7). Das Erfordernis einer Abgrenzung der beiden Begriffe ergibt sich nach der Rechtsprechung des BFH bereits aus § 39b EStG und R 30 Abs 2 S 2 Nr 1 Buchst a Lohnsteuer-Richtlinien (vgl BFH Urteil vom 17.6.2010 - VI R 50/09 - BFHE 230, 150, 153 RdNr 13).

54 Der Senat ist im Jahre 2009 davon ausgegangen, dass auch höchstrichterlich nicht näher bestimmt ist, was laufender Arbeitslohn ist (Urteil vom 3.12.2009 - B 10 EG 3/09 R - BSGE 105, 84 = SozR 4-7837 § 2 Nr 4, RdNr 30 mwN der bis dahin ergangenen Entscheidungen). Die bereits in dieser Entscheidung getroffene Feststellung, dass vor allem einige Entscheidungen des BFH existieren, in denen sich Ausführungen dazu finden, wann kein laufender Arbeitslohn vorliegt, mithin nur eine Negativabgrenzung vorgenommen worden ist, trifft weiterhin zu (vgl beispielhaft: BFH Beschluss vom 15.12.2011 - VI R 26/11 - BFHE 236, 127). Jetzt gibt es auch Entscheidungen des BFH, in denen weitere Konkretisierungen des Begriffs des laufenden Arbeitslohns formuliert werden. So hat der BFH ausgeführt (vgl BFH Urteil vom 16.12.2010 - VI R 27/10 - BFHE 232, 174, 181 RdNr 12; Urteil vom 17.6.2010 - VI R 50/09 - BFHE 230, 150, 153 f RdNr 13): "Laufender Arbeitslohn ist das dem Arbeitnehmer regelmäßig zufließende Arbeitsentgelt (Monatsgehalt, Wochen- oder Tageslohn, Überstundenvergütung, laufend gezahlte Zulagen oder Zuschläge und geldwerte Vorteile aus regelmäßigen Sachbezügen)". Der laufende Arbeitslohn könne der Höhe nach schwanken, jedoch sei kein laufender Bezug und damit ein sonstiger Bezug im Falle von einmalig zugewandten Bezügen "wie Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, Jubiläumszuwendungen, Gratifikationen und das 13. Monatsgehalt" gegeben (BFH Urteil vom 17.6.2010 - VI R 50/09 - BFHE 230, 150, 154 RdNr 13). Der sonstige Bezug unterscheide sich vom laufenden Arbeitslohn durch die Einmaligkeit des Bezugs (BFH Urteil vom 17.6.2010 - VI R 50/09 - BFHE 230, 150, 154 RdNr 15).

55 Das in diesen Entscheidungen hervorgehobene Kriterium des regelmäßigen Bezuges steht nicht allein für sich, sondern wird im EStG stets auf den Kontext des Lohnzahlungszeitraums bezogen (vgl zB § 3b Abs 2 S 1; § 38a Abs 1 S 2 Halbs 1; § 38a Abs 3; § 39b Abs 2 S 1 EStG). Dementsprechend wird auch von Seiten der steuerrechtlichen Literatur für das Vorliegen eines laufenden Arbeitslohns gefordert, dass es sich um einen zeitraumbezogenen, fortlaufenden, regelmäßig wiederkehrenden Bezug handeln muss (vgl Eisgruber in Kirchhof, EStG, 10. Aufl 2011, § 38a RdNr 4). Maßstab dieser Zeitraumbezogenheit ist insoweit entsprechend der Bemessung der Einkommensteuer das Kalenderjahr, mit der Folge, dass Zahlungen, die lediglich einmal jährlich geleistet werden, steuerrechtlich kein Teil des laufenden Arbeitslohns, sondern vielmehr sonstige Bezüge sind, wobei es unerheblich ist, ob sie jährlich wiederkehrend geleistet werden (Tillmann in

Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Stand 11/2010, § 38a RdNr 17; Trzaskalik in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, Stand 8/2012, § 38a B3). Für die erforderliche zeitliche Zuordnung ist bei sonstigen Bezügen steuerrechtlich der tatsächliche Zuflusszeitpunkt maßgeblich, mithin das Erlangen der wirtschaftlichen Verfügungsmacht des Arbeitnehmers über den Arbeitslohn (vgl BFH Urteil vom 3.2.2011 - VI R 66/09 - BFHE 232, 497, 499 RdNr 12, mwN; Heß in Lademann, EStG, Stand 7/2012, § 38a RdNr 16).

56 Demnach kann auch an der bisherigen Auffassung des Senats festgehalten werden, dass bei dem Begriff des laufenden Arbeitslohnes ein rein zeitliches Verständnis zugrunde zu legen ist (Urteil vom 30.9.2010 - B 10 EG 19/09 R - BSGE 107, 18 = SozR 4-7837 § 2 Nr 6, RdNr 22; Urteil vom 3.12.2009 - B 10 EG 3/09 R - BSGE 105, 84 = SozR 4-7837 § 2 Nr 4, RdNr 31). Den insoweit maßgeblichen Zeitraum gibt das BEEG selbst vor, weshalb nicht auf das steuerrechtliche Kalenderjahr zurückzugreifen ist. Entsprechend der Regelung des § 2 Abs 1 S 1 iVm § 2 Abs 7 S 5 und 6 BEEG ist der gesetzlich vorgesehene zwölfmonatige Bemessungszeitraum für die Abgrenzung des laufenden Arbeitslohns von den sonstigen Bezügen maßgeblich.

57 Liegen einmalige, anlassbezogene Zahlungen vor, sind diese als sonstige Bezüge nicht Teil der Bemessungsgrundlage des Elterngeldanspruchs. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn mehrere solcher nicht zeitraumbezogen erwirtschafteten, ggf jedoch arbeitsrechtlich begründeten Zahlungen aus verschiedenen Anlässen im maßgeblichen Zwölfmonatszeitraum geleistet werden, wie dies in der Regel bei Urlaubs- und Weihnachtsgeldzahlungen der Fall ist. Denn jede dieser Zahlungen wird einmalig zugewandt, einmal anlässlich des (bevorstehenden) Urlaubs und einmal anlässlich der bevorstehenden Advents- und Weihnachtszeit. Beides sind einmalige Ereignisse innerhalb des zu betrachtenden Bemessungszeitraums (so im Ergebnis für das Kalenderjahr auch: BFH Urteil vom 17.6.2010 - VI R 50/09 - BFHE 230, 150, 154 RdNr 13).

In dieser Entscheidung (a.a.O, Randnr. 63 f) hat der 10. Senat des BSG unter Hinweis auf sein (zur Frage der Berücksichtigung von Umsatzbeteiligungen ergangenes) Urteil vom 3. Dezember 2009 (B 10 EG 3/09 R – BSGE 105, 84) weiter ausgeführt, dass es für die Annahme laufender Bezüge nicht erforderlich sei, dass diese monatlich ausgezahlt würden. Sonstige Bezüge lägen danach nicht vor, wenn mit den Zahlungen ein verbindlich geschuldeter Teil des tatsächlich erwirtschafteten Gesamtarbeitslohnes befriedigt (würde) und die Auszahlungen dieser Lohnanteile zwar unterjährig, jedoch nicht monatlich mit dem Grundgehalt erfolgten. Um sie als laufenden Arbeitslohn einordnen zu können, müssten den Zahlungen jeweils unterjährige Arbeitszeiträume entsprechen. Davon könne im Regelfall ausgegangen werden, wenn diese zusätzlich zum Monatsentgelt geleisteten Zahlungen ausdrücklich Teil des Jahresgesamtlohnanspruchs seien und ihre mindestens zwei Fälligkeitszeitpunkte arbeitsvertraglich einem unterjährigen Intervall zugeordnet werden könnten (erstes Kriterium). Je enger die vereinbarten regelmäßigen unterjährigen Zahlungsintervalle beieinander lägen, desto eher könne von einem laufenden Arbeitslohn ausgegangen werden. Ferner müssten Vereinbarungen vorliegen, die einen der erbrachten Arbeitsleistung entsprechenden anteiligen Auszahlungsanspruch begründeten (zweites Kriterium). Bestehe ein Anspruch auf anteilsmäßig angemessene Auszahlung der unterjährigen Lohntantiemen auch etwa für den Fall eines vorzeitigen Ausscheidens aus dem Beschäftigungsverhältnis bzw. einer Unterbrechung der Arbeitstätigkeit, spreche dies für die anlassunabhängige Zahlung von weiteren laufenden Arbeitslohnbestandteilen. Ergäben sich solche "Abfindungsansprüche" arbeitsvertraglich oder aus der bestehenden betrieblichen Übung nicht, sei im Regelfall von einmaligen, anlassbezogenen Zuwendungen auszugehen.

Der Senat hält diese Rechtsprechung für überzeugend und schließt sich ihr an. Ausgehend hiervon kann dahinstehen, ob die im Dezember 2007 geleistete Restzahlung leistungserhöhend zu berücksichtigen ist. Der Höchstbetrag des Elterngeldes von 1.800,00 EUR wird nämlich schon bei zusätzlicher Berücksichtigung der im Mai 2008 geleisteten Restzahlung in Höhe von 21.506,92 EUR brutto (entspricht bei der Klägerin 12.649,59 EUR netto) auf die im Jahre 2007 erwirtschafteten Umsätze, erst recht aber bei Berücksichtigung der weiteren, im Juli 2008 geleisteten Restzahlung in Höhe von 7.277,64 EUR brutto (entspricht bei der Klägerin 4.672,24 EUR netto) auf die im Jahre 2008 erwirtschafteten Umsätze erreicht. Hierbei handelt es sich nicht um sonstige Bezüge im Sinne von § 38a Abs. 1 Satz 3 EStG, sondern um laufenden Arbeitslohn. Dies folgt schon daraus, dass die monatlichen Vorschusszahlungen fortlaufend regelmäßig erfolgt und rechtlich von keiner der später gezahlten Restzahlungen zu trennen sind. Außerdem hat die Klägerin im Bemessungszeitraum von November 2007 bis Oktober 2008 jedenfalls zwei derartige und damit fortlaufend wiederkehrende Restzahlungen erhalten. Diese endgültig abgerechneten Umsatzbeteiligungen stellen eine Vergütung, d.h. eine Gegenleistung für die zuvor, spätestens durch Zahlung der jeweiligen Kunden, generierten Umsätze und damit für unterjährig erbrachte Arbeitsleistungen dar. Sie sind ein verbindlich geschuldeter Teil des von der Klägerin erwirtschafteten Gesamtarbeitslohnes. Dass sie nicht in jedem Monat, sondern in unterschiedlichen Abständen gezahlt wurden, ist unerheblich. Der Anspruch auf Auszahlung der Umsatzbeteiligungen besteht nach § 7 des Anstellungsvertrages vom 1. Oktober 2006 auch unabhängig davon, ob die Klägerin später aus dem Beschäftigungsverhältnis ausscheidet oder ob die Beschäftigung unterbrochen wird. Die diesbezüglichen Ausschlussregelungen betreffen nur Gratifikationen, nicht aber die Umsatzbeteiligungen.

Der Senat teilt nicht die Auffassung der Beklagten und des Sozialgerichts, dass die hier streitbefangenen Umsatzbeteiligungen nach der Entscheidung des BSG vom 3. Dezember 2009 (a.a.O.) als sonstiger Bezug anzusehen seien, weil die Berechnungs(stich)tage und Auszahlungszeitpunkte nicht vertraglich festgelegt seien. Auch er vermag dieser Entscheidung nicht zu entnehmen, dass die vertragliche Festlegung der Berechnungsstichtage und der Auszahlungszeitpunkte von Umsatzbeteiligungen Voraussetzung dafür seien, sie nicht als sonstige Bezüge, sondern als laufenden Arbeitslohn zu qualifizieren. Das BSG hat in jener Entscheidung vielmehr entscheidend darauf abgestellt, dass die dort zu beurteilenden Umsatzbeteiligungen "bezogen auf bestimmte Zahlungszeiträume (hier sechs Zahlungen in einem Jahr, die sich aus den vertraglich festgelegten Berechnungsstichtagen ergeben) fortlaufend und wiederkehrend" gezahlt worden seien (Randnr. 34 des Urteilsabdrucks) und damit hinreichend deutlich gemacht, dass es sich bei der vertraglichen Festlegung der Berechnungsstichtage lediglich um ein Element des zu beurteilenden Sachverhalts gehandelt hat, nicht aber um eine Voraussetzung, die für die Einordnung einer Umsatzbeteiligung als laufender Arbeitslohn erfüllt sein muss.

Der vorliegende Fall liegt insofern besonders, als es die Klägerin offenbar selbst in der Hand hatte, wann sie die Abrechnungen erstellte, die Abzeichnung durch den Vorgesetzten veranlasste und so die Auszahlung herbeiführte. Dies wirft die Frage auf, ob und ggf. mit welchen Folgen eine gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßende missbräuchliche Gestaltung des Leistungsanspruchs vorliegt, z.B. durch spätere oder frühere als die sonst übliche Endabrechnung mit der Folge, dass es zu mehreren Zahlungen im Bemessungszeitraum gekommen ist und hierdurch der Anspruch auf das Elterngeld gezielt erhöht werden sollte. Grundsätzlich kommt die Beachtung einer rechtsmissbräuchlichen Leistungsgestaltung nur in engen Grenzen in Betracht, insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten übersehen hat, die sich erst bei späterer Anwendung des Gesetzes zeigen und die er nach seiner

sonstigen Zielsetzung mit Sicherheit unterbunden hätte (vgl. BSG, Urteil vom 25. Juni 2009 – B 10 EG 3/08 R, SozR 4-7837 § 2 Nr. 1; ebenso Dalichau, BEEG, Stand August 2001, s.a. die Richtlinien des BMFSF zum BEEG, Stand Dezember 2010, S. 70 unter 2.1.5.). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Erstens ist auch hier zu berücksichtigen, dass die Umsatzbeteiligungen ohnehin fortlaufend in Form von Vorauszahlungen erbracht worden und schon deshalb von keiner der späteren Restzahlungen rechtlich zu trennen sind. Zweitens hält es der Senat für gerichtsbekannt, dass dem Gesetzgeber jedenfalls im Steuerrecht, an das die Einkommensermittlungsvorschriften des BEEG anknüpfen, die Möglichkeiten vorteilhafter Gestaltung der Einkommenslage durch die Steuerpflichtigen durchaus bekannt waren und sind. Es kann deshalb nicht angenommen werden, dass ihm bei Erlass des BEEG derartige Gestaltungsmöglichkeiten verborgen waren und er sie mithin nicht "sehenden Auges" in Kauf genommen hat (vgl. BSG, Urteil vom 25. Juni 2009, a.a.O. zum Fall eines für den Elterngeldberechtigten günstigen Steuerklassenwechsels). Schließlich gilt: Selbst wenn die Klägerin eine ihr arbeitsrechtlich zugestandene Gestaltungsmöglichkeit missbräuchlich zu Lasten der Beklagten genutzt haben sollte, kann doch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber eine so außerordentliche und ungewöhnliche Fallkonstellation wie die vorliegende mit Sicherheit zum Anlass für eine derartige Gestaltungen ausschließende gesetzliche Regelung genommen hätte. Denn auch aus seiner Sicht dürfte die Begrenzung des Elterngeldes auf den Höchstbetrag von 1.800,-EUR monatlich eine hinreichende Sicherung gegen finanzielle Überforderungen durch zu hohe Einkünfte darstellen.

Nach allem steht der Klägerin Elterngeld in Höhe des Höchstbetrages von 1.800,- EUR monatlich zu, das gemäß § 3 Abs. 1 Sätze 1 und 3 BEEG um das Mutterschaftsgeld und den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu kürzen ist.

Die Kostenentscheidung beruht, dem Ausgang des Verfahrens folgend, auf § 193 SGG.

Der Senat hat die Revision gegen seine Entscheidung nicht zugelassen, weil ein Zulassungsgrund im Sinne von § 160 Abs. 2 SGG nicht vorliegt.
Rechtskraft
Aus
Login
HAM
Saved
2013-03-11