B 10 EG 20/11 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung
10
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 10 EG 9/08
Datum
05.08.2009
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 2 EG 4/09
Datum
24.06.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 10 EG 20/11 R
Datum
29.08.2012
Kategorie
Urteil
Leitsätze
1. Es ist mit dem Grundgesetz vereinbar, dass Elterngeldberechtigte keine Leistungserbringung nach Kalendermonaten beanspruchen können.
2. Im Rahmen des BEEG stellen Arbeitsentgeltbeträge dann 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.
Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 24. Juni 2011 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Streitig ist die Höhe des Elterngeldanspruchs des Klägers.

2

Der Kläger wurde am 19.6.2007 Vater eines Sohnes und beantragte am 18.9.2007 bei der beklagten Freien und Hansestadt Hamburg Elterngeld. Dazu legte er eine Bestätigung seines Arbeitgebers über die vom 1.10.2007 bis 30.11.2007 beantragte Elternzeit vor. Mit Bescheid vom 20.9.2007 gewährte die Beklagte dem Kläger Elterngeld für den vierten und fünften Lebensmonat seines Sohnes. Für den vierten Lebensmonat (19.9.2007 bis 18.10.2007) errechnete sie einen Elterngeldanspruch in Höhe von 848,65 Euro, für den fünften Lebensmonat (19.10.2007 bis 18.11.2007) in Höhe von 1423,25 Euro. Die Beklagte legte ihrer Berechnung ein im Zeitraum von Juni 2006 bis Mai 2007 erzieltes, durchschnittliches monatliches Erwerbseinkommen des Klägers in Höhe von 1931,13 Euro netto zugrunde, wobei sie das dem Kläger von seinem Arbeitgeber im Juni 2006 ausgezahlte Urlaubsgeld in Höhe von 993 Euro sowie das im November 2006 ausgezahlte Weihnachtsgeld in Höhe eines regelmäßigen festen Bruttomonatsgehaltes von 3236 Euro außer Acht ließ. Für den vierten Lebensmonat des Sohnes berücksichtigte die Beklagte das vom Kläger in der Zeit vom 19.9. bis 30.9.2007 erzielte Einkommen. Schließlich erhöhte sie das danach zustehende Elterngeld wegen eines weiteren unter dreijährigen, im selben Haushalt lebenden Kindes um zehn Prozent.

3

Der Kläger erhob gegen diese Entscheidung Widerspruch und machte geltend: Die Bewilligung für den vierten und fünften Lebensmonat entspreche nicht seinem Antrag. Vielmehr habe er Elterngeld für die beiden Kalendermonate Oktober und November 2007 beantragt. Die davon abweichenden Eintragungen im Vordruck habe die Beklagte gegen seinen Willen vorgenommen. Die Anknüpfung an die Lebensmonate des Kindes sei rechtswidrig und verstoße gegen Art 6 Grundgesetz (GG). § 4 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass ihm Elterngeld für die Kalendermonate Oktober und November 2007 zu zahlen sei. Ferner seien die Urlaubs- und Weihnachtsgeldzahlungen ebenfalls in die Berechnung miteinzubeziehen. Mit Widerspruchsbescheid vom 18.4.2008 wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

4

Die hiergegen beim Sozialgericht Hamburg (SG) erhobene Klage ist mit Urteil vom 5.8.2009 abgewiesen worden. Das Landessozialgericht Hamburg (LSG) hat die Berufung des Klägers durch Urteil vom 24.6.2011 im Wesentlichen mit folgenden Erwägungen zurückgewiesen:

Der Kläger habe keinen Anspruch auf höheres Elterngeld; insbesondere müssten die in den letzten zwölf Monaten vor der Geburt des Kindes ausgezahlten Sonderzuwendungen (Urlaubs- und Weihnachtsgeld) unberücksichtigt bleiben. Denn gemäß § 2 Abs 7 S 2 BEEG seien sonstige Bezüge iS von § 38a Abs 1 S 3 Einkommensteuergesetz (EStG) nicht als Einnahmen in die Bemessung des Elterngeldanspruchs einzubeziehen, da sie keinen laufenden Arbeitslohn darstellten. Diese Zahlungen wiesen keinen Bezug zur laufenden Arbeitsleistung und zu einzelnen Lohnabrechnungszeiträumen auf, sondern würden für die Arbeit des Jahres geleistet. Die Nichtberücksichtigung eines dreizehnten und vierzehnten Monatsgehaltes laufe dem Sinn und Zweck des Elterngeldes nicht zuwider, denn ein vollständiger Ausgleich der mit der Kinderbetreuung einhergehenden Einkommenseinbußen habe der Gesetzgeber, wie bereits die Begrenzung des Elterngeldanspruchs auf 1800 Euro monatlich zeige, nicht beabsichtigt. Zudem prägten diese Zahlungen die maßgeblichen Verhältnisse nicht mit der gleichen Nachhaltigkeit wie das laufende monatliche Arbeitsentgelt.

5

Dass das Elterngeld für Lebensmonate des Kindes gewährt werde, begegne keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Regelungen über den Anspruch auf Elternzeit sollten ebenso wie die Bestimmungen über den Bezug von Elterngeld die Betreuung und Erziehung eines Kindes in den ersten Lebensjahren durch einen Elternteil fördern. Dazu schaffe das Gesetz einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeit ohne Verlust des Arbeitsplatzes sowie einen finanziellen Teilausgleich für das entfallende Erwerbseinkommen. Für die Inanspruchnahme von Elternzeit sei keine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber erforderlich. Eine Benachteiligung, insbesondere ein Eingriff in Grundrechte, sei mit den bestehenden Regelungen insoweit nicht verbunden. Die Lebensmonatsregelung knüpfe vielmehr an den einer näheren Begründung nicht bedürfenden besonderen Betreuungsbedarf des neugeborenen Kindes an.

6

Da eine "Verschiebung des Bezugszeitraums" nicht in Betracht komme, sei das vom Kläger ab dem 19.9.2007 erwirtschaftete Erwerbseinkommen auf den Elterngeldanspruch anzurechnen. Die von der Beklagten in der Anlage zum Bewilligungsbescheid vorgenommene Berechnung nach § 2 Abs 3 BEEG sei nicht zu beanstanden.

7

Mit seiner vom LSG wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen Revision macht der Kläger insbesondere geltend:

Die Nichtberücksichtigung des ihm ausgezahlten Urlaubs- und Weihnachtsgeldes bei der Berechnung der Höhe des Elterngeldanspruchs sowie die Auszahlung der Leistung nach Lebensmonaten verletze materielles Bundesrecht. Weder das BEEG noch das EStG enthalte eine Definition des Begriffs der sonstigen Bezüge. Er habe arbeitsvertraglich einen Anspruch auf die beiden zusätzlichen Entgeltzahlungen. Die Zahlungen seien im Rahmen des Gesamtjahresgehaltes vereinbart worden, wobei er die Wahl gehabt habe, dieses Gehalt in zwölf oder vierzehn Teilbeträgen ausgezahlt zu bekommen. Beide Zahlungen stellten daher laufenden Arbeitslohn dar und seien bei der Berechnung des Elterngeldanspruchs dementsprechend zu berücksichtigen. Da durch das Elterngeld die wirtschaftliche Existenz während der Kinderbetreuung abgesichert werden solle, müsse tatsächlich vorhandenes, regelmäßig erzieltes Einkommen berücksichtigt werden. Andernfalls erfolge eine Schlechterstellung gegenüber Arbeitnehmern, die ihr Entgelt anteilig auf zwölf Monatsbeträge verteilt erhielten. Zudem prägten diese Zahlungen auch das Familieneinkommen nachhaltig. Arbeitslohn im Sinne des zu berücksichtigenden Einkommens nach dem BEEG sei daher dann laufender Arbeitslohn, wenn er auf einen bestimmten Zeitraum bezogen und regelmäßig wiederkehrend gezahlt werde, wobei es dem Grunde nach ausreiche, wenn bestimmte Einkommensbestandteile periodisch wiederkehrten. Die nunmehrige Änderung des § 2 Abs 7 S 2 BEEG, wonach die im Lohnsteuerabzugsverfahren als besondere Bezüge behandelten Einnahmen keine Berücksichtigung mehr fänden, zeige, dass die ursprüngliche Fassung die Berücksichtigung zusätzlicher, nicht monatlich gezahlter Entgelte zugelassen habe.

8

Ein striktes Lebensmonatsprinzip bei der Leistungsgewährung verkehre den Zweck des Elterngeldes ins Gegenteil. Denn es stelle einen in den Schutz der Familie eingreifenden Zwang dar, zur Vermeidung erheblicher finanzieller Nachteile die Elternzeit gerade in Lebensmonatsabschnitten in Anspruch nehmen zu müssen. Dadurch werde er in seinen Grundrechten aus Art 6 GG verletzt, wonach der Staat verpflichtet sei, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form zu fördern und dafür Sorge zu tragen, dass es beiden Elternteilen gleichermaßen möglich sei, Familie und Erwerbstätigkeit miteinander zu verknüpfen. Der Gesetzgeber müsse die Rahmenbedingungen dafür schaffen, dass die Eltern dieses Wahlrecht tatsächlich ausüben könnten. § 4 Abs 2 S 1 BEEG regele lediglich die verwaltungstechnische Abwicklung der Auszahlung und stehe einer Bemessung des Elterngeldes nach Kalendermonaten nicht entgegen. Darüber hinaus verletze die gegenteilige Auffassung ihn auch in seinen Grundrechten aus Art 3 und Art 12 iVm Art 2 und Art 1 GG.

9

Schließlich beruhe die Entscheidung des LSG auf Verfahrensmängeln. Zum einen hätte das LSG eine Vorlage zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG) veranlassen müssen. Zum anderen sei sein Anspruch auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren verletzt worden, da die Entscheidungsgründe des LSG erst unmittelbar vor Ablauf der Fünfmonatsfrist abgesetzt worden seien, sodass der Inhalt der Beratung des vollständigen Senats nicht zwingend in die abgefassten Entscheidungsgründe habe mit einfließen können.

10

Der Kläger beantragt sinngemäß, die Urteile des LSG Hamburg vom 24.6.2011 und des SG Hamburg vom 5.8.2009 aufzuheben und die

Beklagte in Abänderung des Bescheides vom 20.9.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.4.2008 zu verurteilen, ihm Elterngeld für die Zeit vom 1.10.2007 bis 30.11.2007 in ungekürzter Form unter Einbeziehung des im Juni 2006 ausgezahlten Urlaubsgeldes sowie des im November 2006 ausgezahlten dreizehnten Monatsgehalts zu gewähren.

11

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

12

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

13

Die Beteiligten haben dem Senat gegenüber unstreitig gestellt, dass beim Kläger in den streitbefangenen Zeiträumen (1.10. bis 30.11.2007 bzw 19.9. bis 18.11.2007) alle anspruchsberechtigenden Tatsachen nach § 1 BEEG vorlagen. Ferner haben sie ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung erklärt (§ 124 Abs 2 SGG).

II

14

Die Revision des Klägers ist zulässig.

15

Allerdings hat der Kläger die von ihm geltend gemachten Verfahrensfehler nicht ausreichend begründet (vgl § 164 Abs 2 SGG). Gemäß § 164 Abs 2 S 3 SGG müssen bei Verfahrensrügen die Tatsachen bezeichnet werden, die den Mangel ergeben. Die maßgeblichen Vorgänge müssen so genau angegeben sein, dass das Revisionsgericht sie, die Richtigkeit des Vorbringens unterstellt, ohne weitere Ermittlungen beurteilen kann (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 164 RdNr 12 mwN). Daran fehlt es hier.

16

Mit seiner Behauptung, das zur Überprüfung vorliegende Urteil sei bereits deshalb verfahrensfehlerhaft ergangen, weil es erst unmittelbar vor Ablauf von fünf Monaten nach seiner Verkündung abgefasst worden sei, rügt der Kläger sinngemäß das Fehlen von Tatbestand und Entscheidungsgründen (§ 136 Abs 1 Nr 5 und 6 SGG), also das Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes gemäß § 202 SGG iVm § 547 Nr 6 ZPO (idF der Bekanntmachung der Neufassung der Zivilprozessordnung vom 5.12.2005, BGBl I 3202). Sein Vorbringen reicht jedoch nicht aus, um einen solchen Mangel hinreichend darzutun.

17

Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Rechts beruhend anzusehen, wenn die Entscheidung entgegen den Bestimmungen des Gesetzes nicht mit Gründen versehen ist. Dem steht es gleich, wenn das Urteil erst so spät schriftlich abgesetzt wird, dass Zweifel angebracht erscheinen, ob es dem der Verkündung zugrunde liegenden Beratungsergebnis entspricht (vgl Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 134 RdNr 4). Zwar soll gemäß § 134 Abs 2 S 1 SGG (idF durch Art 4 Nr 12 Buchst a Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz vom 22.3.2005, BGBl I 837) das Urteil vor Ablauf eines Monats, vom Tag der Verkündung an gerechnet, vollständig abgefasst der Geschäftsstelle übermittelt werden, jedoch liegt in der Überschreitung dieser Monatsfrist noch keine Verletzung des § 547 Nr 6 ZPO. Denn es handelt sich nicht um eine zwingende Bestimmung, sondern um eine Sollvorschrift. Ein Verstoß hiergegen ist grundsätzlich unschädlich (Keller, aaO, RdNr 3 f).

18

Nach dem Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmSOGB) vom 27.4.1993 (BVerwGE 92, 367 = SozR 3-1750 § 551 Nr 4) gilt ein bei Verkündung noch nicht vollständig abgefasstes Urteil dann als nicht mit Gründen versehen, wenn Tatbestand und Entscheidungsgründe nicht binnen fünf Monaten nach Verkündung schriftlich niedergelegt, von den Richtern besonders unterschrieben und der Geschäftsstelle übergeben worden sind. Die vom GmSOGB gezogene Fünfmonatsgrenze trägt dem Erfordernis Rechnung, dass die abgefassten Entscheidungsgründe auf der Überzeugung des Gerichts im Zeitpunkt der Entscheidung und Verkündung beruhen müssen (Keller, aaO, § 134 RdNr 4) und konkretisiert die Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips an das gerichtliche Verfahren in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise (vgl BVerfG Kammerbeschluss vom 26.3.2001 - 1 BvR 383/00 - NJW 2001, 2161, 2162). Denn mit zunehmendem Abstand zwischen Beratung der Entscheidung und ihrer Begründung wird die Gefahr eines Auseinanderfallens von Beratungsergebnis und Entscheidungsgründen zwangsläufig ständig größer (BVerfG aaO). Das Bundessozialgericht (BSG) hat sich dieser Grundsatzentscheidung in ständiger Rechtsprechung angeschlossen (vgl Urteil vom 22.9.1993 - 12 RK 39/93 - SozR 3-1750 § 551 Nr 5 S 14 f; Urteil vom 3.3.1994 - 1 RK 6/93 - SozR 3-1750 § 551 Nr 7 S 20 f; Urteil vom 10.3.1994 - 12 RK 47/93 - USK 9405 S 20 = juris RdNr 15; Urteil vom 24.3.1994 - 5 RJ 30/91 - juris RdNr 12; Urteil vom 6.3.1996 - 9 RVg 3/94 - juris RdNr 11; Urteil vom 14.9.1994 - 3/1 RK 36/93 - BSGE 75, 74, 75 = SozR 3-2500 § 33 Nr 12 S 43; Beschluss vom 6.3.2003 - B 11 AL 129/02 B - juris RdNr 14; Urteil vom 20.11.2003 - B 13 RJ 41/03 R - BSGE 91, 283 = SozR 4-1500 § 120 Nr 1, RdNr 4; Beschluss vom 18.11.2009 - B 1 KR 74/08 B - SozR 4-1500 § 10 Nr 3 RdNr 16).

19

Wie der Kläger selbst eingeräumt hat, ist das Urteil des LSG kurz vor Ablauf der insoweit maßgeblichen Fünfmonatsfrist abgefasst worden (und auch mit den Unterschriften der Richter zur Geschäftsstelle gelangt). Demnach kann er die Rüge eines Fehlens von Gründen nicht

allein auf die zwischen Verkündung und Absetzung des Berufungsurteils verstrichene Zeit stützen.

20

Ausnahmsweise kann auch bei Einhaltung der maßgeblichen Fünfmonatsgrenze ein Verfahrensmangel vorliegen, wenn sich aus den Umständen des Falls ergibt, dass infolge der verzögerten Absetzung der Entscheidungsgründe die zuverlässige Wiedergabe des Beratungsergebnisses nicht mehr gewährleistet ist (Keller, aaO, § 134 RdNr 4). Dafür müssen bei summarischer Überprüfung jedoch konkrete fallbezogene Anhaltspunkte ersichtlich sein, wie etwa die Maßgeblichkeit einer aufwendigen Beweisaufnahme (BSG Beschluss vom 18.11.2009 - B 1 KR 74/08 B - SozR 4-1500 § 10 Nr 3 RdNr 17).

21

Solche Umstände werden in der klägerischen Revisionsbegründung nicht aufgezeigt. Insbesondere lässt sich - entgegen der Ansicht des Klägers - allein daraus, dass die an der Entscheidung beteiligt gewesenen beiden ehrenamtlichen Richter die abgefasste Entscheidung - wie im Berufungsverfahren üblich - nicht zur Kenntnis erhalten haben, keine Verpflichtung zu einer zeitnäheren Abfassung der Entscheidungsgründe herleiten. Anderenfalls wäre die Fünfmonatsfrist bei allen unter Beiziehung ehrenamtlicher Richter getroffenen erst- und zweitinstanzlichen Hauptsacheentscheidungen praktisch hinfällig.

22

Auch der vom Kläger angenommene Verstoß gegen das sich aus dem GG ergebende Prinzip des gesetzlichen Richters (Art 101 Abs 1 S 2 GG) ist nicht ausreichend bezeichnet worden. Zwar kann ein solcher Verfahrensmangel auch in der Nichtvorlage der dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Rechtsnormen im Wege eines konkreten Normenkontrollverfahrens gemäß Art 100 Abs 1 GG an das BVerfG liegen. Eine Verpflichtung des LSG, den Rechtsstreit auszusetzen und dem BVerfG vorzulegen, ergibt sich jedoch bereits aus dem klägerischen Vortrag nicht.

23

Art 101 Abs 1 S 2 GG garantiert, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. Diese Garantie kann verletzt sein, wenn ein Gericht in willkürlicher Weise gegen die sich aus Art 100 Abs 1 GG ergebende Vorlagepflicht verstößt (BVerfG Beschluss vom 16.6.2009 - 1 BvR 2269/07 - juris RdNr 3 mit Verweis auf stRspr). Art 100 Abs 1 S 1 GG verpflichtet die Fachgerichte ua, das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen, wenn sie von der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, überzeugt sind.

24

Der Kläger hat nicht geltend gemacht, dass das LSG von der Verfassungswidrigkeit der dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Rechtsnormen, auf die es für die Entscheidung maßgeblich ankommt, ausgegangen ist. Eine solche Behauptung wäre angesichts der Entscheidungsgründe auch nicht ernstlich aufzustellen gewesen. Denn aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung ergibt sich eindeutig, dass das Berufungsgericht keine Verfassungswidrigkeit der anzuwendenden Vorschriften des BEEG angenommen hat.

25

Mit seiner Rüge einer Verletzung materiellen Rechts hat der Kläger die Anforderungen des § 164 Abs 2 S 3 SGG erfüllt, indem er die seiner Ansicht nach verletzten Rechtsnormen in Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des LSG bezeichnet hat.

26

Die Revision ist im Sinne einer Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Für eine abschließende Entscheidung reichen die berufungsgerichtlichen Tatsachenfeststellungen nicht aus.

27

Der vom Kläger verfolgte Anspruch auf Elterngeld wegen seines am 19.6.2007 geborenen Sohnes richtet sich nach dem am 1.1.2007 durch das Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006 (BGBl I 2748) in Kraft getretenen BEEG.

28

Der Kläger ist dem Grunde nach berechtigt, Elterngeld für seinen am 19.6.2007 geborenen Sohn zu beziehen. Gemäß § 1 Abs 1 BEEG hat Anspruch auf Elterngeld, wer einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat (Nr 1), mit seinem Kind in einem Haushalt lebt (Nr 2), dieses Kind selbst betreut und erzieht (Nr 3) und keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt (Nr 4). Zwar hat das LSG dazu keine konkreten Tatsachenfeststellungen getroffen. Im Hinblick auf die erfolgte Leistungsbewilligung und die dem Senat gegenüber abgegebenen übereinstimmenden Erklärungen der Beteiligten geht der Senat jedoch davon aus, dass der Kläger diese Voraussetzungen erfüllt und daher anspruchsberechtigt ist.

29

Der angefochtene Verwaltungsakt (Bescheid der Beklagten vom 20.9.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.4.2008) ist zunächst insoweit nicht zu beanstanden, als dem Kläger Elterngeld für zwei Lebensmonate seines am 19.6.2007 geborenen Sohnes gewährt worden ist. Der Kläger kann keine Leistungsbewilligung nach Kalendermonaten beanspruchen.

30

Nach § 4 Abs 1 S 1 kann Elterngeld in der Zeit vom Tag der Geburt bis zur Vollendung des vierzehnten Lebensmonats des Kindes bezogen werden. § 4 Abs 2 S 1 BEEG bestimmt insoweit konkretisierend: "Elterngeld wird in Monatsbeträgen für Lebensmonate des Kindes gezahlt." Auch wenn der Gesetzgeber die Begriffe Monatsbeträge und Lebensmonate abwechselnd verwendet, sind hinsichtlich der Anspruchsausgestaltung stets die Lebensmonate entscheidend (Buchner/Becker, MuSchG/BEEG, 8. Aufl 2008, § 4 BEEG RdNr 7; Lenz in Rancke, Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit 2. Aufl 2010, § 4 BEEG RdNr 1). Entgegen der Ansicht des Klägers beinhaltet § 4 BEEG nicht lediglich eine verwaltungstechnische Berechnungsmodalität, sondern gestaltet den Elterngeldanspruch selbst aus. Dabei ist das sog Lebensmonatsprinzip festgelegt worden (Urteil vom 15.12.2011 - B 10 EG 1/11 R - SozR 4-7837 § 4 Nr 3 RdNr 29; Teil-Urteil vom 30.9.2010 - B 10 EG 9/09 R - BSGE 107, 1 = SozR 4-7837 § 1 Nr 2, RdNr 38; BSG Urteile vom 26.5.2011 - B 10 EG 11/10 R - RdNr 14 und - B 10 EG 12/10 R - RdNr 20, letzteres zur Veröffentlichung in SozR 4-7837 § 4 Nr 2 vorgesehen). Dazu hat der Senat bereits unter Hinweis auf die auch in Rechtsprechung und Literatur vertretene Auffassung ausgeführt, dass § 4 Abs 2 S 1 BEEG nicht nur die Zahlungsweise, sondern auch die Entstehung monatlicher Zahlungsansprüche regelt (Urteil vom 30.9.2010 - B 10 EG 9/09 R - BSGE 107, 1 = SozR 4-7837 § 1 Nr 2, RdNr 38 mwN).

31

Soweit sich der Kläger dadurch in seinen Grundrechten verletzt sieht, dass das Elterngeld als eine an den Lebensmonaten des Kindes orientierte Leistung ausgestaltet worden ist, vermag der Senat ihm nicht zu folgen. Er ist insbesondere nicht davon überzeugt, dass ein Verstoß gegen Art 6 bzw Art 12 GG vorliegt.

32

Nach Art 6 Abs 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung. Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft (Art 6 Abs 2 GG).

33

Zum Umfang des Schutzbereichs von Art 6 Abs 1 GG hat das BVerfG gerade betreffend die Förderung durch das Elterngeld ausgeführt (vgl BVerfG Kammerbeschluss vom 20.4.2011 - 1 BvR 1811/08 - ZFSH/SGB 2011, 337, 338 = juris RdNr 9):

"Zwar garantiert Art. 6 Abs. 1 GG als Abwehrrecht die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des ehelichen und familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden. Deshalb hat der Staat die Familiengemeinschaft sowohl im immateriell-persönlichen als auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich in ihrer jeweiligen eigenständigen und selbstverantwortlichen Ausgestaltung zu respektieren. Demgemäß dürfen die Eltern ihr familiäres Leben nach ihren Vorstellungen planen und verwirklichen und insbesondere in ihrer Erziehungsverantwortung entscheiden, ob und in welchem Entwicklungsstadium das Kind überwiegend von einem Elternteil allein, von beiden Eltern in wechselseitiger Ergänzung oder von einem Dritten betreut werden soll (vgl. BVerfGE 99, 216 (231)). Neben der Pflicht, die von den Eltern im Dienst des Kindeswohls getroffenen Entscheidungen anzuerkennen und daran keine benachteiligenden Rechtsfolgen zu knüpfen, ergibt sich aus der Schutzpflicht des Art. 6 Abs. 1 GG auch die Aufgabe des Staates, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern. Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass es Eltern gleichermaßen möglich ist, teilweise und zeitweise auf eine eigene Erwerbstätigkeit zugunsten der persönlichen Betreuung ihrer Kinder zu verzichten wie auch Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit miteinander zu verbinden (vgl. BVerfGE 99, 216 (234)). Dabei ist allerdings in Rechnung zu stellen, dass dem Gesetzgeber im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personengruppen grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt (vgl. BVerfGE 99, 165 (178); 106, 166 (175 f.)). Weit ist der Gestaltungsspielraum auch hinsichtlich der Ausgestaltung der Familienförderung (vgl. BVerfGE 87, 1 (35 f.); 103, 242 (260))."

34

Der Gesetzgeber hat den ihm zukommenden Gestaltungsspielraum bei der Regelung des Elterngeldanspruchs nach Lebensmonaten des Kindes eingehalten. Aus der allgemeinen Verpflichtung des Staates, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern, folgt kein unbegrenzter Anspruch auf Ausweitung und Individualisierung bestehender Förderungsinstrumente. Dabei ist für den Bereich des BEEG auch zu beachten, dass der Gesetzgeber bereits eine beachtliche Förderung der Eigenbetreuung von Kindern durch die Eltern vorgesehen hat (vgl Senatsurteil vom 15.12.2011 - B 10 EG 1/11 R - SozR 4-7837 § 4 Nr 3 RdNr 46; BVerfG Beschluss vom 6.6.2011 - 1 BvR 2712/09 - NJW 2011, 2869, 2870). Deshalb können insoweit aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich keine weitergehenden Verpflichtungen des Gesetzgebers angenommen werden (BVerfG Beschluss vom 6.6.2011 - 1 BvR 2712/09 - NJW 2011, 2869, 2870).

35

Zwar kann die Gewährung von Elterngeld, wie vom Kläger behauptet, durchaus Einfluss darauf haben, wie Eltern ihre grundrechtlich verankerte Erziehungsverantwortung wahrnehmen und das Leben in der Familie gestalten (so bereits BVerfG Beschluss vom 20.4.2011 - 1 BvR 1811/08 - juris RdNr 8). Mit Rücksicht auf die durch das Elterngeld bezweckte Förderung der erziehungsbedingten Unterbrechung bzw Einschränkung der Erwerbstätigkeit, erweist sich dieser mögliche faktische Einfluss jedoch allenfalls als "Nebenwirkung" der jeweiligen elterlichen Ausübung des freien Wahlrechts, ob und wie die Eltern Elterngeld und Elternzeit in Anspruch nehmen wollen.

36

Das dem Bewilligungsanspruch auf Elterngeld zugrundeliegende Lebensmonatsprinzip ist daher sachlich nicht zu beanstanden und folgerichtig. Denn es trägt nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers dem besonderen Betreuungsbedarf des neugeborenen Kindes Rechnung, wobei die Regelungen zur Elternzeit von dieser Ausgestaltung unberührt bleiben sollten (BT-Drucks 16/1889 S 23). Dieser

besondere Betreuungsbedarf entsteht mit der Geburt des Kindes und damit unabhängig vom Beginn eines Kalendermonats. Deshalb ist ein Anknüpfen des Elterngeldanspruchs an die Lebensmonate des Kindes sachgerecht.

37

Das Lebensmonatsprinzip im Elterngeldrecht steht darüber hinaus im Einklang mit den Vorschriften zur Elternzeit. Entsprechend der Entscheidungsfreiheit beim Elterngeld (vgl §§ 4, 5 BEEG) hat der Gesetzgeber durch die Regelungen zur Elternzeit für Eltern ebenfalls freie Gestaltungsmöglichkeiten geschaffen. Eltern können selbst bestimmen, ob und inwieweit sie die zur Betreuung des Kindes vorgesehene Freistellung von der Arbeitspflicht in Anspruch nehmen wollen.

38

Der Anspruch auf Elternzeit besteht grundsätzlich bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres eines Kindes (§ 15 Abs 2 S 1 BEEG) und kann von den Elternteilen anteilig, allein oder von beiden gemeinsam genommen werden (§ 15 Abs 3 S 1 BEEG). Zur tatsächlichen Umsetzung dieses Anspruchs auf Elternzeit sieht das Gesetz vor, dass ein Ausschluss oder eine Beschränkung durch Vertrag nicht möglich (§ 15 Abs 2 S 6 BEEG) und die Inanspruchnahme lediglich von einer einseitigen Anzeige und Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber abhängig ist (§ 16 Abs 1 S 1 BEEG). Einer Zustimmung zur Freistellung seitens des Arbeitgebers bedarf es gerade nicht, worauf die Vorinstanzen bereits zutreffend hingewiesen haben. Ferner hat der Gesetzgeber den Eltern einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gegenüber dem Arbeitgeber während der Elternzeit (§ 15 Abs 6 iVm Abs 7 BEEG) eingeräumt sowie weitgehende Kündigungsschutzvorschriften geschaffen (§§ 18, 19 BEEG).

39

Der vom Kläger eingewandte Umstand, die "moderne Arbeitswelt" verhindere eine Inanspruchnahme der Elternzeit nach Lebensmonaten, führt zu keiner anderen verfassungsrechtlichen Beurteilung. Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, vom Lebensmonatsprinzip des Elterngeldes allein deshalb abzuweichen, weil es möglicherweise praktische Schwierigkeiten bei der Inanspruchnahme von Elternzeit nach Lebensmonaten gibt.

40

Die vom Kläger gerügte Verletzung seiner Berufsausübungsfreiheit (Art 12 Abs 1 GG) durch das Lebensmonatsprinzip liegt fern. Nach Art 12 Abs 1 S 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden (Art 12 Abs 1 S 2 GG). Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht (Art 12 Abs 2 GG).

41

Dem BEEG kommt keine den Schutzbereich der Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit berührende Tendenz zu. Die sich aus dem BEEG ergebende Förderung einer frei wählbaren Unterbrechung der Erwerbstätigkeit wirkt sich vollständig berufsneutral aus. Die Entscheidung über die Inanspruchnahme von Elterngeld obliegt den Eltern. Ebenso wenig - und darauf hat der Senat bereits hingewiesen (Urteil vom 15.12.2011 - B 10 EG 1/11 R - SozR 4-7837 § 4 Nr 3 RdNr 45) - wie durch die Gewährung von Elterngeld ein mittelbarer Zwang zur Aufnahme oder Fortführung einer Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, gibt das BEEG vor, ab und ggf zu welchem bestimmten Zeitpunkt die Erwerbstätigkeit unterbrochen wird. Vielmehr bietet die Einkommensersatzfunktion des Elterngeldes vielen Eltern gerade erst die Möglichkeit, eine Unterbrechung oder Reduzierung der Erwerbstätigkeit wegen der Betreuung eines Kindes zu wagen (dazu bereits BSG Urteil vom 18.8.2011 - B 10 EG 8/10 R - ZFSH/SGB 2012, 24 = juris RdNr 36 mwN; Urteil vom 15.12.2011 - B 10 EG 1/11 R - aaO).

42

Danach hat die Beklagte zwar zu Recht eine Bewilligung des Elterngeldes des Klägers nach Lebensmonaten des Kindes vorgenommen. Zu prüfen bleibt jedoch, ob sie dabei die richtigen Lebensmonate erfasst hat. Da der Kläger sein Begehren bislang auf eine Leistungsgewährung für Kalendermonate beschränkt hat, ist ihm nunmehr - auch im Hinblick auf Unklarheiten im Antragsformular - Gelegenheit zu geben, sein Anspruchsbegehren hinsichtlich der Bezugsmonate klarzustellen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es sich für den Kläger als günstiger erweisen könnte, nicht für den vierten und fünften, sondern für den fünften und sechsten Lebensmonat seines Sohnes Elterngeld zu beziehen. Das hängt von der Höhe des jeweiligen gemäß § 2 Abs 3 S 1 BEEG anrechenbaren Einkommens aus Erwerbstätigkeit ab.

43

Die Höhe des dem Kläger zustehenden Anspruchs auf Elterngeld lässt sich ohne weitere Tatsachenfeststellungen des LSG nicht abschließend bestimmen.

44

Für die Höhe des Elterngeldanspruchs des Klägers bestimmt § 2 Abs 1 S 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 1800 Euro monatlich für volle Monate gezahlt wird, in denen die berechtigte Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. § 2 Abs 3 BEEG regelt die Leistungshöhe, wenn für die Zeit nach der Geburt des Kindes Erwerbseinkommen zu berücksichtigen ist.

45

Als Bemessungszeitraum hat die Beklagte hier rechtsfehlerfrei die Zeit vom 1.6.2006 bis 31.5.2007 zugrunde gelegt. Da der Sohn des

Klägers am 19.6.2007 geboren wurde, entspricht dieser Zeitraum den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes. Die in § 2 Abs 7 S 5 und 6 BEEG geregelten Abweichungen kommen hier nicht in Betracht.

46

Bei der Ermittlung des für den Bemessungszeitraum zugrunde zu legenden Bemessungseinkommens ist gemäß § 2 Abs 1 S 2 BEEG zwischen dem Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit iS von § 2 Abs 1 S 1 Nr 1 bis 4 des EStG zu unterscheiden.

47

Da der Kläger vor der Geburt seines Sohnes eine versicherungspflichtige Beschäftigung als Einkäufer einer Baumarktkette 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 aufgrund dieser Erwerbstätigkeit geleisteten 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 S 1 Nr 1 Buchst a EStG anzusetzenden Werbungskosten zu berücksichtigen. 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. Grundlage der Einkommensermittlung sind die entsprechenden monatlichen Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers (vgl § 2 Abs 7 S 3 und 4 BEEG). § 2 Abs 7 S 2 BEEG bestimmt, dass sonstige Bezüge iS von § 38a Abs 1 S 3 EStG dabei nicht als Einnahmen berücksichtigt werden.

48

Streitig ist hier, ob die vom Kläger bezogenen Urlaubs- und Weihnachtsgeldzahlungen als sonstige Bezüge iS von § 38a Abs 1 S 3 EStG anzusehen sind. Bereits die Bezugnahme auf § 38a Abs 1 S 3 EStG macht deutlich, dass sich die nähere Bestimmung des in § 2 Abs 7 S 2 BEEG gebrauchten Begriffs der sonstigen Bezüge am Steuerrecht auszurichten hat (so bereits Senatsurteil vom 3.12.2009 - B 10 EG 3/09 R - BSGE 105, 84 = SozR 4-7837 § 2 Nr 4, RdNr 28).

49

§ 38a Abs 1 S 3 EStG (idF vom 19.10.2002, gültig vom 21.9.2002 bis 31.8.2009) regelt für die Bemessung der Jahreslohnsteuer, dass Arbeitslohn, der nicht als laufender Arbeitslohn gezahlt wird (sonstige Bezüge), in dem Kalenderjahr bezogen wird, in dem er dem Arbeitnehmer zufließt. Sonstige Bezüge iS des § 2 Abs 7 S 2 BEEG sind demnach Teile des Arbeitslohns, die nicht als laufender Lohn gezahlt werden (so bereits Senatsurteil vom 3.12.2009, aaO). Die sonstigen Bezüge stellen somit auch Arbeitslohn dar. Es handelt sich nicht um gegensätzliche Begrifflichkeiten. Entscheidend ist, ob eine Lohnzahlung dem laufenden Arbeitslohn zuzuordnen ist oder nicht (vgl Krüger in Schmidt, EStG, 31. Aufl 2012, § 38a RdNr 2).

50

Wie der Senat bereits ausgeführt hat, enthält § 38a Abs 1 S 2 EStG selbst keine Definition des Arbeitslohnbegriffs. Allerdings ergibt sich aus § 38 Abs 1 S 1 EStG, der als Lohnsteuer die durch Abzug vom Arbeitslohn zu erhebende Einkommensteuer "bei Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit" bezeichnet, dass unter dem Begriff des Arbeitslohns Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit zu verstehen sind, wozu wiederum § 19 EStG nähere Bestimmungen enthält (Senatsurteil vom 3.12.2009, aaO).

51

Gemäß § 19 Abs 1 S 1 Nr 1 EStG gehören insbesondere Gehälter, Löhne, Gratifikationen, Tantiemen und andere Bezüge und Vorteile für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst zu den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit. Dabei müssen solche Einkünfte nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) abstrakt durch das individuelle Dienstverhältnis veranlasst und im weitesten Sinne die Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft des Arbeitnehmers sein, mithin aus dem Dienstverhältnis heraus zufließen (vgl zB BFH Urteil vom 20.5.2010 - VI R 41/09 - BFHE 229, 346, 348 RdNr 9 mwN sowie zuletzt BSG Urteile vom 5.4.2012 - B 10 EG 3/11 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 16 RdNr 16 mwN und - B 10 EG 17/11 R - juris RdNr 20 mwN; Tillmann in Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Stand 11/2010, § 38a RdNr 13).

52

Danach gehören die im Juni bzw November 2006 erfolgten, als Urlaubs- bzw Weihnachtsgeld deklarierten Zahlungen zum Arbeitslohn des Klägers. Zu prüfen bleibt, ob diese Zahlungen als laufender Arbeitslohn oder als sonstige Bezüge anzusehen sind. Nach Auffassung des Senats stellen Arbeitsentgeltbeträge im Rahmen des BEEG dann 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 ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

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).

58

Aufgrund des in § 2 Abs 7 S 2 BEEG enthaltenen eindeutigen Verweises auf die steuerrechtliche Vorschrift des § 38a Abs 1 S 3 EStG ergibt sich demnach, dass zu den sonstige Bezügen, die bei der Bestimmung des für die Berechnung des Elterngeldanspruchs maßgeblichen Einkommens unberücksichtigt bleiben, grundsätzlich auch das ausgezahlte Urlaubs- und Weihnachtsgeld gehört (so im Ergebnis auch: LSG Baden-Württemberg Urteil vom 24.10.2011 - L 11 EG 1929/10 - juris RdNr 33 ff; Jung/Wiegand in Wiegand, BEEG, Stand Februar 2011, § 2 RdNr 27 f; Lenz in Rancke, Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit, 2. Aufl 2010, § 2 BEEG RdNr 18; Fuchsloch/Scheiwe, Leitfaden Elterngeld, RdNr 176 ff: Wersig, jurisPK, Vereinbarkeit von Familie und Beruf, 2009, § 2 BEEG RdNr 12; Oyda, Probleme bei der Ermittlung des Elterngeldes, NZS 2010, 194, 195).

59

In Ermangelung von Regelungen des BEEG zum Ausgleich von Härtefällen wird teilweise angeregt, jedenfalls solches Arbeitsentgelt bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage des Elterngeldanspruchs zu berücksichtigen, auf das ein Anspruch bestanden habe. Da sich der Gesetzgeber für eine individuelle Ermittlung des Elterngeldanspruchs entschieden habe, überzeuge das Argument nicht, mittels eines typisierten und pauschalierten Verweises auf die steuerrechtlichen Regelungen eine leichtere Bearbeitung von Massenverfahren zu ermöglichen (so Eberhardt, Berücksichtigung von Gehaltsnachzahlungen beim Elterngeld, NZS 2011, 575, 577). Auch spreche der Umstand, dass von den Folgen der Ausklammerung bestimmter Lohnbestandteile primär abhängig Beschäftigte betroffen seien, wohingegen bei Selbstständigen stets sämtliche Einnahmen berücksichtigt würden, für eine enge Interpretation des Begriffs der "sonstigen Bezüge" (so Dau,

jurisPR-SozR 21/2009, Anm 5 C).

60

Die Auswirkungen der "steuerrechtlichen" Ausgestaltung der elterngeldlichen Bemessungsgrundlage mögen im Einzelfall kritisch zu sehen sein, angesichts des Gesetzeswortlauts, der ins Steuerrecht verweisenden Systematik und des sich in der Gesetzesentwicklung bereits ausdrücklich bestätigten Willens des Gesetzgebers sieht der Senat jedoch keinen gangbaren Auslegungsweg, diesen Bedenken Rechnung zu tragen, zumal auch der Sinn und Zweck des Elterngeldes keine Einbeziehung der während der vorgeburtlichen zwölf Kalendermonate erzielten sonstigen Bezüge gebietet.

61

Bereits aus den Gesetzesmaterialien zur Einführung des BEEG ergibt sich, dass der Gesetzgeber bewusst gerade das 13. und 14. Monatsgehalt nicht in das Bemessungseinkommen mit einfließen lassen wollte (BT-Drucks 16/1889 S 21; BT-Drucks 16/2785 S 32). Die Bemessung des Elterngeldanspruchs sollte sich nach dem Willen des Gesetzgebers an dem zuletzt tatsächlich monatlich zur Verfügung stehenden Einkommen ausrichten (BT-Drucks 16/1889 S 21), um insbesondere auch Reduzierungen des Elterngeldanspruchs durch den Zufluss einmaliger Bezüge in der Zeit nach der Geburt des Kindes zu vermeiden (BT-Drucks 16/2785 S 37).

62

Dieser Wille des Gesetzgebers hat zwischenzeitlich in der zum 1.1.2011 erfolgten Änderung des § 2 Abs 7 S 2 BEEG durch Art 14 Nr 2 Buchst c bb des Haushaltsbegleitgesetzes 2011 - HBeglG 2011 - vom 9.12.2010 (BGBl I 1885) seinen Niederschlag gefunden. Denn der bis dahin geltende Verweis auf § 38a Abs 1 S 3 EStG wurde durch folgenden Wortlaut ersetzt: "Im Lohnsteuerabzugsverfahren als sonstige Bezüge behandelte Einnahmen werden nicht berücksichtigt." Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass damit die Auswirkungen der Rechtsprechung des Senats in seinem Urteil vom 3.12.2009 (B 10 EG 3/09 R) korrigiert werden sollten, mit der Folge, dass künftig sonstige Bezüge iS des § 38a Abs 1 S 3 und § 39b EStG als Einnahmen bei der Bestimmung der Bemessungsgrundlage des Elterngeldanspruchs unberücksichtigt bleiben, um eine verwaltungspraktikable Feststellbarkeit der maßgeblichen Bezüge sicherzustellen (vgl BT-Drucks 17/3030 S 48; dazu Dau, Das Elterngeld nach dem Haushaltsbegleitgesetz 2011, SGb 2011, 198, 201).

63

Im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Elterngeldes muss allerdings bei mehrmals, dh mindestens zweimal, im Bemessungszeitraum erfolgten Zahlungen genau geprüft werden, ob es sich dabei um sonstige Bezüge oder um laufenden Arbeitslohn handelt. So hat der Senat bereits entschieden, dass im Bemessungszeitraum fortlaufend wiederkehrende Einkommensbestandteile, die wegen der in diesem Zeitraum geleisteten Arbeitstätigkeit gezahlt werden, keine sonstigen Bezüge iS des § 2 Abs 7 S 2 iVm § 38a Abs 1 S 3 EStG darstellen (vgl Urteil vom 3.12.2009 - B 10 EG 3/09 R - BSGE 105, 84 = SozR 4-7837 § 2 Nr 4, RdNr 34), wobei nicht erforderlich ist, dass diese monatlich ausgezahlt werden. Sonstige Bezüge liegen danach nicht vor, wenn mit den Zahlungen ein verbindlich geschuldeter Teil des tatsächlich erwirtschafteten Gesamtarbeitslohnes befriedigt und die Auszahlungen dieser Lohnanteile zwar unterjährig, jedoch nicht monatlich mit dem Grundgehalt erfolgen. Zwar können die in der Lohn- und Gehaltsabrechnung enthaltenen Bezeichnungen solcher Zahlungen als "Urlaubs- bzw Weihnachtsgeld" ein Indiz für im Bemessungszeitraum jeweils einmalige, anlassbezogene Zahlungen sein, jedoch ist im Zweifelsfall zu klären, ob sie "Monat für Monat" erwirtschaftet wurden, mithin Teil der Gesamtvergütung der Arbeitsleistung im Zwölfmonatszeitraum sind.

64

Um sie als laufenden Arbeitslohn einzuordnen, müssen den Zahlungen jeweils unterjährige Arbeitszeiträume entsprechen. Davon kann im Regelfall ausgegangen werden, wenn diese zusätzlich zum Monatsentgelt geleisteten Zahlungen ausdrücklich Teil des Jahresgesamtlohnanspruchs sind und ihre mindestens zwei Fälligkeitszeitpunkte arbeitsvertraglich einem unterjährigen Intervall zugeordnet werden können (erstes Kriterium). Je enger die vereinbarten regelmäßigen unterjährigen Zahlungsintervalle beieinander liegen, desto eher kann von einem laufenden Arbeitslohn ausgegangen werden. Ferner müssen Vereinbarungen vorliegen, die einen der erbrachten Arbeitsleistung entsprechenden anteiligen Auszahlungsanspruch begründen (zweites Kriterium). Besteht 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, spricht dies für die anlassunabhängige Zahlung von weiteren laufenden Arbeitslohnbestandteilen. Ergeben sich solche konkreten "Abfindungsansprüche" arbeitsvertraglich oder aus der bestehenden betrieblichen Übung nicht, ist im Regelfall von einmaligen, anlassbezogenen Zuwendungen auszugehen. Gleiches gilt für Regelungen betreffend die Höhe des Auszahlungsanspruchs bei Eintritt bzw Rückkehr in das Unternehmen nach Ablauf des letzten Fälligkeitszeitpunkts. Bleibt der auf den (Wieder)eintritt folgende Auszahlungsanspruch der Höhe nach vom geleisteten Arbeitszeitraum unberührt, ist dies ein Indiz dafür, dass gerade nicht die bis dahin geleistete Arbeitstätigkeit, sondern ein von ihr unabhängiger Anlass maßgebend für den Zahlungsanspruch ist.

65

Nach Überzeugung des Senats begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass sich nach diesen Maßgaben im Bemessungszeitraum geleistete einmalige, anlassbezogene Zahlungen nicht erhöhend auf den Elterngeldanspruch auswirken. Insbesondere wird dadurch der sich aus Art 3 Abs 1 GG ergebende Gleichheitssatz nicht verletzt.

66

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln; dies gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen. Der allgemeine Gleichheitssatz untersagt dem Gesetzgeber jedoch nicht jede Differenzierung. Vielmehr bedürfen Differenzierungen stets einer Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegt immer

dann vor, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten (BVerfG Beschlüsse vom 7.2.2012 - 1 BvL 14/07 - SozR 4-7835 Art 1 Nr 1 RdNr 40 mwN; vom 9.11.2011 - 1 BvR 1853/11 - NJW 2012, 214, 215 mwN; vom 6.6.2011 - 1 BvR 2712/09 - NJW 2011, 2869, 2870 und vom 21.7.2010 - 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07 - BVerfGE 126, 400, 416 mwN).

67

Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Dem Gesetzgeber werden dabei umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheiten auswirkt und je weniger der Einzelne nachteilige Folgen durch eigenes Verhalten vermeiden kann (zB BVerfG Beschluss vom 21.7.2010 - 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07 - aaO, 418 mwN).

68

Dadurch, dass § 2 Abs 7 S 2 BEEG auf § 38a Abs 1 S 3 EStG verweist und damit einmalige Einnahmen aus der Bemessungsgrundlage für den Elterngeldanspruch ausgeschlossen werden, werden Berechtigte je nach Ausgestaltung ihres Arbeitslohns unterschiedlich behandelt. Bei Arbeitnehmern, die ihre Urlaubs- und Weihnachtsgeldzahlungen bzw ein 13. bzw 14. Monatsgehalt nicht gesondert, sondern als regelmäßigen Anteil ihres Monatsgehalts erhalten, fließen diese Zahlungen ohne Weiteres als Teil des laufenden Arbeitslohns in die Berechnung des Elterngeldanspruchs erhöhend ein. Anders verhält es sich bei Arbeitnehmern, die Urlaubs- und Weihnachtsgeld als einmalige, anlassbezogene Zahlungen erhalten.

69

Unter Berücksichtigung des im Rahmen der gewährenden Staatstätigkeit weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers (vgl BVerfG Beschluss vom 6.6.2011 - 1 BvR 2712/09 - NJW 2011, 2869, 2870; BSG Urteil vom 18.8.2011 - B 10 EG 8/10 R - ZFSH/SGB 2012, 24, 26) ist diese Ungleichbehandlung von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Die Unterscheidung zwischen laufendem Arbeitslohn und sonstigen Bezügen bei der Bemessung des Elterngeldanspruchs lässt sich hinreichend sachlich rechtfertigen. Beachtlich ist insoweit, dass die Regelungen zur Höhe des Elterngeldanspruchs nicht an Persönlichkeitsmerkmalen anknüpfen, die dem Einzelnen nicht verfügbar sind (vgl BVerfG Beschluss vom 9.11.2011 - 1 BvR 1853/11 - NJW 2012, 214, 215). Dasselbe gilt für die vertragliche Ausgestaltung der Entgeltansprüche aus abhängiger Beschäftigung.

70

Gesetzgeberisch formuliertes Ziel der Leistung ist es, jedem betreuenden Elternteil, der seine Erwerbstätigkeit unterbricht oder reduziert, einen an seinem individuellen Einkommen orientierten Ausgleich für finanzielle Einschränkungen im ersten Lebensjahr des Kindes und eine Unterstützung bei der Sicherung der Lebensgrundlage der Familie zu gewähren (vgl BT-Drucks 16/1889 S 2; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, BT-Drucks 16/2785 S 2). Die Orientierung der Leistung am individuellen Einkommen soll dazu beitragen, dass es Müttern und Vätern auf Dauer besser gelingt, ihre wirtschaftliche Existenz möglichst unabhängig von staatlichen Fürsorgeleistungen zu sichern (BT-Drucks 16/1889 S 15, 19). Damit ist das Elterngeld, soweit es über den Mindestbetrag von 300 Euro als Entgeltersatzleistung ausgestaltet ist (§ 2 Abs 5 S 1 BEEG), eine an die unterschiedlichen Lebensumstände der jeweiligen Familie anknüpfende Leistung (BT-Drucks 16/1889 S 19), wobei es jedoch - und das geht aus den Beratungen zum Gesetzentwurf sowie aus der gesetzgeberischen Ausgestaltung eindeutig hervor - nicht um einen vollständigen Lohnersatz geht (vgl ausführlich dazu Senatsurteile vom 5.4.2012 - B 10 EG 3/11 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 16 RdNr 25 ff und - B 10 EG 17/11 R - juris RdNr 29 ff).

71

Gemessen daran ist es jedenfalls nicht willkürlich, einmalige Einnahmen und Entgeltansprüche, die nicht Teil des erwirtschafteten Arbeitslohns sind und lediglich anlassbezogen gewährt werden, von der Bemessung anhand des individuellen Einkommens auszunehmen und die Höhe des Elterngeldes an dem Einkommen zu orientieren, das regelmäßig im vorgeburtlichen Bemessungszeitraum zur Verfügung steht. Denn der zwölf Kalendermonate umfassende Bemessungszeitraum bildet die familiäre Lebenssituation, in die das Kind geboren wird, für dessen Betreuung die Erwerbstätigkeit reduziert bzw unterbrochen wird, zeitraumaktuell und konkret ab. In diesem Zeitrahmen kann von einem regelmäßigen Einkommenszufluss nur dann im Wortsinne und auch tatsächlich ausgegangen werden, wenn es sich nicht um lediglich einmalig erfolgende, sondern um anlassunabhängige, wiederkehrende und verbindlich geschuldete Lohnzahlungen handelt. Eine Berücksichtigung einmalig zufließender Zahlungen könnte die Höhe des Elterngeldanspruchs letztlich mehr von der Zufälligkeit des Zuflusszeitpunkts als von der vorgeburtlich tatsächlich bestehenden Einkommenssituation abhängig machen.

72

Schließlich ist ebenfalls beachtlich, dass Art und Weise der Zahlungsvereinbarung sowie die Gesamthöhe des laufenden Arbeitslohns Umstände sind, die nicht vom Gesetzgeber vorgegeben, sondern in der Regel von den Arbeitsvertragsparteien frei verhandelt werden. Handelt es sich nach deren eindeutigem und nachweisbarem Willen bei den nicht nur einmaligen unterjährigen Zahlungen um verbindliche Teile der Gesamtjahresvergütung, deren Fälligkeit lediglich in mehrmonatigen Intervallen festgelegt wurde und auf deren anteilige Erbringung der Arbeitnehmer auch im Falle des Nichterreichens des Zahlungszeitpunkts einen Anspruch hat, prägen sie die individuelle vorgeburtliche Lebenssituation in gleicher Weise wie das monatliche Grundgehalt. Insofern ist es sachgerecht, dass sie - anders als anlassbezogene Zahlungen - auch in die Bemessungsgrundlage des Elterngeldanspruchs mit einfließen.

73

Ob die vom Kläger im Bemessungszeitraum bezogenen Urlaubs- und Weihnachtsgeldzahlungen nach den vom Senat für richtig gehaltenen

Kriterien von der Beklagten zu Recht als sonstige Bezüge eingeordnet worden sind, vermag der erkennende Senat anhand der bisherigen Tatsachenfeststellungen des LSG nicht zu beurteilen. Es fehlt an genaueren Feststellungen zur Eigenart und Ausgestaltung der betreffenden Zahlungen. Der Senat kann die erforderlichen Ermittlungen im Revisionsverfahren nicht selbst durchführen (vgl § 163 SGG). Deshalb ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen (§ 170 Abs 2 S 2 SGG).

74

Bei der Bewertung der rechtlichen Ausgestaltung der dem Kläger geleisteten zusätzlichen Zahlungen wird das LSG auch zu prüfen haben, inwieweit im Einzelfall die auf den Verdienstabrechnungen für Juni und November 2006 enthaltenen Hinweise einer arbeitsrechtlichen Anspruchsbegründung entgegenstehen. Dort heißt es:

75

"Soweit der Arbeitgeber freiwillige Sonderzahlungen zum Urlaub leistet, handelt es sich um einmalige, freiwillige, jederzeit widerrufliche Leistungen. Sie begründen keinen rechtlichen Anspruch des/der Arbeitnehmers/in, weder dem Grunde noch der Höhe nach, weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft und führen auch für den Fall der wiederholten Leistung ohne ausdrückliche Wiederholung dieses Freiwilligkeitsvorbehaltes zu keinem Anspruch des/der Arbeitnehmers/in." (Verdienstabrechnung 06.06., Bl 35 der Verwaltungsakte)

76

Bzw. in der Novemberabrechnung:

"Soweit der Arbeitgeber freiwillige Sonderzahlungen leistet, z. B. im Zusammenhang mit Weihnachtsgeld oder Altersvorsorge, handelt es sich um einmalige freiwillige, jederzeit widerrufliche Leistungen. Sie begründen keinen rechtlichen Anspruch des/der Arbeitnehmers/in, weder dem Grunde noch der Höhe nach ..." (Verdienstabrechnung 11.06., Bl 40 der Verwaltungsakte)

77

Darüber hinaus wird das LSG die Eigenart der im November 2006 neben den regelmäßigen Zahlungen zugeflossenen Zuwendungen ("AG-Zuschuss zur HPK" und "VWL AG-Zuschuss" sowie "Altersvorsorge AG-An") näher zu ermitteln haben, um darüber befinden zu können, ob diese Zahlungen zutreffend bei der Bemessung des Elterngeldanspruchs außer Betracht geblieben sind.

78

Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.
Rechtskraft
Aus
Login
BRD
Saved
2013-02-08