

## S 35 EG 3/19

Land

Hamburg

Sozialgericht

SG Hamburg (HAM)

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

35

1. Instanz

SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen

S 35 EG 3/19

Datum

12.02.2020

2. Instanz

LSG Hamburg

Aktenzeichen

-

Datum

-

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die endgültige Festsetzung und Erstattung von Elterngeld für die Partnerschaftsbonusmonate. Die Klägerin ist deutsche Staatsangehörige und Mutter der am xxxxx2015 geborenen Zwillinge M. und C ... Sie lebt gemeinsam mit ihren Kindern und ihrem Ehemann in einem Haushalt zusammen. Die Eheleute beantragten im Februar 2016 bei der Beklagten Elterngeld, die Klägerin für den 1. bis 5. Lebensmonat der Zwillinge Basiselterngeld, für den 6. bis 13. Lebensmonat Elterngeld Plus und für den 14. bis 17. Lebensmonat Elterngeld Plus unter Berücksichtigung der Partnerschaftsbonusmonate. Der Ehemann beantragte für den 1. bis 4. Lebensmonat Basiselterngeld, für den 5. bis 6. Lebensmonat Elterngeld Plus und für den 14. bis 17. Lebensmonat ebenfalls Elterngeld Plus unter Berücksichtigung der Partnerschaftsbonusmonate. Die Eheleute sind selbstständig tätig, die Klägerin seit Mai 2008 als Art Direktorin. Sie gab an vom 10.05.2016 bis 09.01.2017 mit ca. 20-30 Wochenstunden tätig zu werden, in der Zeit vom 10.01.2017 bis 09.05.2017 mit ca. 25 Wochenstunden und ein durchschnittliches monatliches Einkommen von voraussichtlich 1.500,00 Euro zu erzielen. Die wollte sie durch die Annahme von weniger Aufträgen als bisher erreichen. Sie gab außerdem an vom 10.12.2015 bis 09.05.2016 keine Einkünfte zu erzielen. Nach dem vorgelegten Einkommensteuerbescheid für 2014 erzielte sie ein zu versteuerndes Einkommen in Höhe von 38.364,00 Euro. Ihr Ehemann ist seit August 2008 als Hörfilmautor selbstständig tätig und in der Künstlersozialversicherung pflichtversichert. Er gab an vom 10.04.2016 bis 09.06.2016 mit einer Wochenarbeitszeit von 25 Stunden tätig zu werden ebenso wie in der Zeit vom 10.01.2017 bis 09.05.2017. Auch er wollte weniger Aufträge annehmen. Nach dem vorgelegten Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2014 erzielte er ein zu versteuerndes Einkommen in Höhe von 31.520,00 Euro. Die Beklagte bewilligte der Klägerin daraufhin mit Bescheid vom 17.02.2016 vorläufig unter dem Vorbehalt der Rückforderung Elterngeld und zwar für den 1. bis 5. Lebensmonat Basiselterngeld in Höhe von 1.615,44 Euro, für den 6. bis 13. Lebensmonate Elterngeld Plus in Höhe von 753,23 Euro und für den 14. bis 17. Lebensmonat 753,23 Euro für die Partnerschaftsmonate. In der Begründung des Bescheides heißt es hierzu weiter, dass voraussichtlich im Bezugszeitraum des Elterngeldes Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt werden wird. Zu den Partnerschaftsbonusmonaten wies die Beklagte darauf hin, dass dieser voraussetze, dass beide Elternteile in vier aufeinanderfolgenden Lebensmonaten nicht weniger als 25 und nicht mehr als 30 Wochenstunden im Durchschnitt des Monats erwerbstätig sind. Dies sei entsprechend nachzuweisen. Die Bewilligung könne daher zunächst nur vorläufig erfolgen. Soweit mit der abschließenden Entscheidung der Leistungsanspruch nicht oder nur in geringerer Höhe zuerkannt werde, sind auf Grund dieser vorläufigen Entscheidung erbrachte Leistungen zu erstatten. Dem Ehemann bewilligte die Beklagte mit Bescheid vom selben Tag vorläufig unter dem Vorbehalt der Rückforderung ebenfalls Basiselterngeld für den 1. bis 4. Lebensmonat, Elterngeld Plus für den 5. und 6. Lebensmonat sowie für den 14. bis 17. Lebensmonat der Zwillinge als Partnerschaftsbonusmonate. Der Bescheid gegenüber der Klägerin wurde nach Mitteilung über die private Kranken- und Rentenversicherung mit Bescheid vom 25.02.2016 geändert. Danach wurden nunmehr für den 1. bis 5. Lebensmonate Elterngeld in Höhe von 2.010,27 Euro und für den 6. bis 17. Lebensmonat in Höhe von 962,81 Euro ohne Abzüge für Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung. Im Übrigen wurde auf den Bescheid vom 25.02.2016 verwiesen. Im Juli 2018 wurden die Eheleute aufgefordert eine Gewinn- und Verlustrechnung für den Bezugszeitraum des Elterngeldes einzureichen und die tatsächlich wöchentliche Arbeitszeit anzugeben. Sie reichten daraufhin einen Ausdruck eines elektronischen Kalenders ein und bezifferten ihren Gewinn im Bezugszeitraum. Mit Bescheid vom 11.10.2018 setzte die Beklagte gegenüber der Klägerin das Elterngeld endgültig fest und bewilligte für 6. bis 13. Lebensmonate ein höheres Elterngeld Plus von monatlich 1.005,14 Euro, für den 14. bis 17. Lebensmonate hingegen kein Elterngeld mehr. Zur Begründung führte die Beklagte aus, dass die Voraussetzung für die Partnerbonusmonate nicht vorgelegen habe, da die wöchentliche Arbeitszeit von 25-30 Stunden nicht eingehalten worden sei. Ein Betrag in Höhe von 3.512,60 Euro wurde erstattet verlangt. Gegenüber dem Ehemann wurde das Elterngeld ebenfalls in geringerer Höhe festgesetzt. Für den 14. bis 17. Lebensmonate erfolgte eine Ablehnung. Die Beklagte verlangte einen Betrag in Höhe von 3251,65 Euro erstattet. Hiergegen reichten Eheleute jeweils Widerspruch ein und legten ein neues Arbeitstagebuch vor, in denen nun auch die Zeiten der Kinderbetreuung wegen Krankheiten der

Kinder aufgeführt waren. Sie erläuterten, dass die Zeiten ebenfalls als Arbeitszeiten zu berücksichtigen seien. Mit Bescheiden vom 07.01.2019 wies die Beklagte die Widersprüche zurück. In der Begründung führte sie aus, dass bei der Berechnung der Arbeitszeit in den Partnerschaftsbonusmonaten die Zeiten der Kinderbetreuung bei Krankheit der Kinder nicht zu berücksichtigen seien. Dies sei bei selbständig Tätigen, anders als bei abhängig Beschäftigten, die von Arbeit für Zeiten der Pflege des erkrankten Kindes freigestellt werden, nicht möglich. Diese Ungleichbehandlung von Selbständigen und abhängig Beschäftigten sei nicht ungerechtfertigt, weil es sich bei dem Elterngeld um eine freiwillige Leistung des Bundes mit großem Gestaltungsspielraum handeln würde. Dies werde z.B. auch beim unterschiedlichen Bemessungszeitraum deutlich. Die Ausübung der jeweiligen Erwerbstätigkeit und die Art der Erzielung von Einkommen weiche wesentlich voneinander ab, weshalb die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sei. Mit den hiergegen am 05.02.2019 erhobenen Klagen verfolgt die Klägerin ihr Ziel weiter. Es sei nicht ersichtlich, weshalb bei einer angestellten Erwerbstätigkeit die erforderliche Kinderbetreuung im Falle der Erkrankung als Arbeitszeit gilt, bei ihr und ihrem Mann aufgrund der Erwerbstätigkeit indes nicht. Die Ungleichbehandlung sei nicht gerechtfertigt. Vielmehr würde nach der Auffassung der Beklagten im Falle der Erkrankung des Kindes dem Arbeitnehmer ermöglicht, Elterngeld in den Partnerschaftsbonusmonaten zu erhalten, Selbständigen hingegen nicht. Mit der erforderlichen Betreuungszeit der Kinder während ihrer Erkrankung sei die erforderliche Wochenarbeitszeit über 25 Stunden, aber unter 30 Stunden erreicht. Die Klägerin beantragt, den Bescheid vom 11.10.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.01.2019 für den 14. bis 17. Lebensmonat aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Elterngeld nach dem Bundeselterngeldgesetz für diesen Zeitraum für die Kinder M. und C. in Form der Partnerschaftsbonusmonate in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Sie macht geltend, dass ein Arbeitnehmer seine Arbeit zu einer bestimmten Zeit ausüben müsse und durch die Erkrankung des Kindes daran gehindert sei, die Arbeit auszuüben. Demgegenüber stehe es dem Selbständigen frei, wann er seine Tätigkeit ausübt. Er kann diese nachholen. Darüber hinaus sei die Aufstellung unschlüssig, weil die Betreuungszeit im Falle der Erkrankung des Kindes stets mit 4 Stunden angegeben sei, obwohl die Kinder nach den eigenen Angaben im ersten Monat lediglich 2 Stunden in der Kita betreut wurden, dann folgend 3-4 Stunden. Die Klage des Ehemannes ist unter dem Aktenzeichen [S 35 EG 4/19](#) geführt. Die Kammer hat die Klägerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung ergänzend befragt. Hinsichtlich des weiteren Inhalts der Einlassungen wird auf die Niederschrift über die öffentliche Sitzung vom 12.02.2020 verwiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Protokolls der mündlichen Verhandlung, der Prozessakte sowie der Verwaltungsakte Bezug genommen, die vorgelegen haben und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wurden.

#### Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Der Bescheid vom 11.10.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.01.2019 ist, soweit er angefochten wurde, rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Sie hat keinen Anspruch auf Elterngeld gegen die Beklagte für die Partnerschaftsbonusmonate und hat daher die Überzahlung zu erstatten. Die Klage ist als kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage nach [§ 54 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz zulässig. Der Bescheid vom 11.10.2018 hebt die mit Bescheid vom 17.02.2016 in der Fassung des Bescheides vom 25.02.2016 als Nebenbestimmung nach [§ 32 Abs. 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) verbundene Erklärung der Vorläufigkeit auf, lehnt das Elterngeld für die Partnerschaftsbonusmonate endgültig ab und begründet die Verpflichtung der Klägerin zur Erstattung einer Überzahlung vom 3.512,60 Euro. Die Klägerin begehrt indes bei verständiger Würdigung ihres Vorbringens im Verwaltungsverfahren höheres Elterngeld, als vorläufig bewilligt, da sie ein geringeres Entgelt im Bezugszeitraum als vorläufig angegeben erzielt haben will. Zur Erreichung des Klagziels reicht es daher nicht allein die Festsetzung und Erstattung anzufechten, so dass der vorläufige Bescheid zu einer endgültigen Bewilligung erstarkt.

Die Ermächtigung zum Erlass einer abweichenden Regelung ergibt sich bei verständiger Würdigung des Tenors sowie der Begründung der Bescheide vom 17.02.2016 und vom 25.02.2016 aus dem gemäß [§ 8 Abs. 3 BEEG](#) zulässigen und gebotenen Vorbehalt der Vorläufigkeit der erfolgten Bewilligung. Die Auslegung eines Verwaltungsakts hat ausgehend von seinem Verfügungssatz und der Heranziehung des in [§ 133](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgedrückten allgemeinen Rechtsgedankens zu erfolgen, dass es nicht auf den Buchstaben, sondern auf den wirklichen Willen der Behörde ankommt, soweit er im Bescheid greifbar seinen Niederschlag gefunden hat. Für die Ermittlung des erklärten Willens sind dabei auch die Umstände und Gesichtspunkte heranzuziehen, die zur Aufhellung des Inhalts der Verfügung beitragen können und die dem Beteiligten bekannt sind, wenn der Verwaltungsakt sich erkennbar auf sie bezieht. Maßstab der Auslegung ist insofern der verständige und Zusammenhänge berücksichtigende Beteiligte (vgl. nur Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 28. Juni 2018 - [B 5 RE 2/17 R](#) - juris). Zwar hat die Beklagte lediglich im Verfügungssatz im Bescheid vom 17.02.2016 einen Vorbehalt der Vorläufigkeit erklärt, nicht mehr dagegen im Bescheid vom 25.02.2016. Indes sollte, wie sich aus dem Verfügungssatz des Bescheides vom 25.02.2016 ergibt, der vorangegangene Bescheid nur hinsichtlich der Höhe der Gewährung des Elterngeldes abgeändert werden. Ein verständiger Beteiligter konnte daher hinreichend deutlich erkennen, dass der Bescheid vom 17.02.2016 im Übrigen weiterhin Geltung haben sollte und damit auch, soweit darin nur vorläufig Leistungen bewilligt wurden. Eine Aufhebung der Vorläufigkeit erfolgte daher nicht.

Die Klägerin erfüllt zwar grundsätzlich die Anspruchsvoraussetzungen des [§ 1 BEEG](#), indes war der Gesamtanspruch des Ehepaares von 14 Lebensmonaten Elterngeld im 14. bis 17. Lebensmonat der Zwillinge bereits erschöpft und die Voraussetzungen für die Gewährung weiterer vier Monate Elterngeld (Partnerschaftsbonusmonate) lagen nicht vor, weil die Klägerin in diesem Zeitraum nicht mit einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 25-30 Stunden tätig war. Nach [§ 4 Abs. 4 BEEG](#) haben die Eltern gemeinsam Anspruch auf zwölf Monatsbeträge Elterngeld auf der Grundlage des Basiselterngeldes. Erfolgt für zwei Monate eine Minderung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit, können sie für zwei weitere Monate Elterngeld auf der Grundlage des Basiselterngeldes beanspruchen (Partnermonate). Nach [§ 4 Abs. 3](#) kann statt für einen Monat Elterngeld zu beanspruchen, die berechnete Person jeweils zwei Monate lang ein Elterngeld in hälftiger Höhe des Basiselterngeldes beziehen (Elterngeld Plus). Vorliegend hat die Klägerin Basiselterngeld für den 1. bis 5. Lebensmonat in Anspruch genommen, ihr Ehemann für den 1. bis 4. Lebensmonat. Zusätzlich hat die Klägerin Elterngeld Plus für den 6. bis 13. Lebensmonat beansprucht, ihr Ehemann für den 5. und 6. Lebensmonat. Dies entspricht einem Zeitraum von insgesamt 14 Monatsbeträgen Elterngeld. Ein darüberhinausgehender Anspruch besteht daher nur gemäß [§ 4 Abs. 4 Satz 3 BEEG](#), wenn beide Elternteile in vier aufeinander folgenden Lebensmonaten gleichzeitig nicht weniger als 25 und nicht mehr als 30 Wochenstunden im Durchschnitt des Monats erwerbstätig sind (Nr. 1) und die Voraussetzungen des [§ 1](#) erfüllen (Nr. 2). In diesem Fall hat jeder Elternteil für diese Monate Anspruch auf vier weitere Monatsbeträge Elterngeld Plus (Partnerschaftsbonus). Die Klägerin erreicht indes in den Lebensmonaten 14. bis 17. nicht im Durchschnitt diese Wochenarbeitszeit. Aus dem im Widerspruchsverfahren überreichten Arbeitstagebuch geht hervor, dass die Klägerin im 14. Lebensmonat 84,5 Stunden erwerbstätig war, im 15. Lebensmonat 96 Stunden, im 16. Lebensmonat 87 Stunden und um 17. Lebensmonat 105 Stunden ihre selbständige Tätigkeit ausgeübt hat. Sie müsste indes je nach Tagen im jeweiligen Lebensmonat ihrer Kinder auf

mindestens 100 bis 110 Stunden kommen, um die Mindestarbeitszeit zu erreichen. Soweit die Klägerin zu den Zeiten der Erwerbstätigkeit auch Zeiten der Kinderbetreuung addiert, die angefallen sind, weil die Kinder erkrankt sind, ist dies nicht geeignet, um auf die erforderliche Mindestarbeitszeit zu kommen. Die von der Klägerin vorgenommene Betreuung der erkrankten Kinder ist nicht mit einer Erwerbstätigkeit gleichzusetzen und kann daher bei der Berechnung keine Berücksichtigung finden. Der Wortlaut des Gesetzes knüpft an ein tatsächliches Verhalten an. Wenn die Klägerin also tatsächlich nicht erwerbstätig ist, sondern sich um die Betreuung ihrer kranken Kinder kümmert, so liegt darin begrifflich keine Erwerbstätigkeit. Zwar hat das Bundessozialgericht zu [§ 1 Abs. 1 Nr. 4 BEEG](#), der die allgemeine Höchstarbeitszeitgrenze normiert, ausgeführt, dass in Fällen, in denen ein in Vollzeit beschäftigter Arbeitnehmer seiner Erwerbstätigkeit zwar tatsächlich nicht ausübt und er daher Zeit hat, die Betreuung und Erziehung seines Kindes sicherzustellen, gleichwohl in Vollzeit erwerbstätig ist, weil er lediglich bezahlten Erholungsurlaub in Anspruch nimmt. Ein bezahlter Erholungsurlaub wird damit der Erwerbstätigkeit im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses gleichgestellt (BSG, Urteil vom 15. Dezember 2015 - [B 10 EG 3/14 R](#)). Würde man diese Rechtsprechung auf [§ 4 Abs. 4 Satz 3 BEEG](#) übertragen, so bedeutet dies für einen abhängig Beschäftigten, dass er die Mindestwochenarbeitszeit auch dann erreichen kann, wenn er unter Fortzahlung der Bezüge nach tarifvertraglicher, arbeitsvertraglicher oder gesetzlicher Regelung von der Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge freigestellt wird, z.B. bei Inanspruchnahme von Erholungsurlaub. Denn in diesem Fall wird ihm die Arbeitszeit, die er an sich vertraglich schuldete, entsprechend vergütet, so als hätte er sie auch tatsächlich ausgeübt. Es erscheint schon fraglich, ob eine solche Auslegung mit dem Gesetzeszweck vereinbar ist. Der Gesetzgeber hatte bei der Einführung des Partnerschaftsbonus beabsichtigt, die partnerschaftliche Arbeitsteilung zu unterstützen und ein nachhaltiges und belastbares Zeitarrangement zwischen den Eltern begünstigen ([BT-Drs 18/2583](#), 16, 28. ff.). Die Regelung soll den Eltern auch einen Anlass geben, das gesetzlich vorgegebene Zeitarrangement auszuprobieren und in eine partnerschaftliche Aufgabenteilung hineinzuwachsen. Für diesen Zeitraum besteht grundsätzlich auch ein Teilzeitanspruch während der Elternzeit (vgl. [§ 15 Absatz 7 Satz 1 Nummer 3 \(BT-Drs. 18/2583\)](#), 29). Wenn ein Partner die erforderliche Arbeitszeit mit der Abgeltung von Überstunden und Erholungsurlaub erfüllen kann, erfolgt aber gerade keine Erprobung des vom Gesetzgeber als sinnvoll erachteten Arbeitszeitmodells. Die Eltern wachsen auch nur schwerlich in eine partnerschaftliche Aufgabenteilung hinein, wenn ein Elterngeld größtenteils auf dem Papier, indes tatsächlich kaum erwerbstätig ist. Andererseits wird der überwiegende Teil der Eltern kaum über so viel Kontingente verfügen, die es ihm erlauben, über die erforderlichen vier Monate hinweg die Mindestarbeitszeit mit arbeitsrechtlichen Ersatzzeiten zu füllen. Ob es dem Gesetzeszweck entspricht, wenn die Mindestarbeitszeit bei einem Arbeitnehmer auch durch eine Freistellung von der Arbeit erreicht werden kann, kann indes vorliegend dahinstehen. Die von der Klägerin begehrte Gleichstellung mit einer abhängig Beschäftigten kann aus Sicht der Kammer jedenfalls nicht erfolgen. [§ 4 Abs. 4 Satz 3 BEEG](#) trifft eine typisierende Regelung, weil sie für den Anspruch auf Elterngeld in den Partnerschaftsbonusmonaten auf den Umfang der Erwerbstätigkeit abstellt, unabhängig davon, ob es sich um eine selbständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung handelt. Sofern aufgrund arbeitsrechtlicher Vorschriften Zeiten als Arbeitszeit gelten, auch wenn tatsächliche keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, kommt es in der Anwendung der Norm zu einer Ungleichbehandlung, weil der selbständig Tätige sich insbesondere bei der Erkrankung des Kindes nicht auf eine vergleichbare Regelung berufen kann. Diese ist indes durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Eine solche Auslegung des [§ 4 Abs. 4 Satz 3 BEEG](#) verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus [Art. 3 Grundgesetz](#). Denn zwischen selbstständiger und nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit bestehen hinreichend gewichtige Unterschiede, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigt. Während der Arbeitnehmer aufgrund vertraglicher Vereinbarung eine bestimmte Arbeitszeit schuldet, schwankt die Auftragslage und damit auch der Zeitaufwand bei selbstständiger Tätigkeit ihrer Natur nach häufiger. Selbständige können auch durch Akquise und Ablehnung von Aufträgen im Regelfall ihre Arbeitszeit in der Regel selbst beeinflusst werden. Er kann sich zudem seine Arbeitszeit im Wesentlichen frei einteilen, z.B. wann er Aufträge abarbeitet. Der Arbeitnehmer hingegen ist – wie auch der Arbeitgeber – an die Regelungen im Arbeitsvertrag und die gesetzlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften gebunden. Die Nachholung von Arbeit ist nicht ohne weiteres möglich. Es liegt daher, anders als bei Arbeitnehmern, in der Hand des Selbständigen, in welchem Umfang er tätig wird. Da die Arbeitszeit bei einem Selbständigen keine von vornherein feststehende Größe ist, erweist sich zudem die Festlegung des Arbeitszeitausfalls in diesem Fall als besonders schwierig, wenn nicht gar unmöglich, während bei einem Arbeitnehmer bei einer Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung der Vergütung wie bei der Erkrankung des Kindes nach [§ 616 BGB](#) feststeht, welche Arbeitszeit er schuldete. Da sich die Ungleichbehandlung nur unter erheblichen Schwierigkeiten, nämlich mit einem unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand zur Ermittlung des tatsächlichen Arbeitsausfalls infolge der Erkrankung der Kinder vermeiden ließe, erweist sich die durch die Kammer gefundene Auslegung des [§ 4 Abs. 4 BEEG](#) bei selbstständiger Erwerbstätigkeit nicht als unverhältnismäßig. Der Gesetzgeber hat im Bereich des Sozialrechts, zu dem die Bestimmungen über das Elterngeld im ersten Abschnitt des BEEG gehören, darüber hinaus einen weiten Gestaltungsspielraum. Das gilt uneingeschränkt für das Elterngeld als fürsorgliche Leistung der Familienförderung, die über die bloße Sicherung des Existenzminimums hinausgeht (BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 9.11.2011 - [1 BvR 1853/11](#)). Hieraus folgt, dass keine Gleichstellung zwischen abhängig Beschäftigten und selbständig Tätigen erreicht werden muss. So hat das Bundessozialgericht z.B. auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gesehen, dass ein Anspruch auf Partnermonate nur bestehen, wenn diese mit einer Minderung des Einkommens einhergehen, was ein selbständig Tätiger aber nur erreichen kann, wenn er im Bemessungszeitraum überhaupt positive Einkünfte hatte (BSG, Urteil vom 28. März 2019 - [B 10 EG 6/18 R](#)). Schließlich konnte sich das Gericht aber auch nicht mit der erforderlichen Gewissheit von einem zeitlich bestimmtem Arbeitszeitausfall bei der Klägerin überzeugen. Die Kammer hat zwar keine Zweifel daran, dass die Zwillinge der Klägerin tatsächlich erkrankt sind, da dies angesichts der Eingewöhnungsphase in der Kita und der Winterjahreszeit nicht ungewöhnlich ist. In welchem zeitlichen Umfang die Erkrankung der Kinder bei der Klägerin indes tatsächlich zu einer Unmöglichkeit der Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit geführt, vermochte das Gericht trotz des detailliert geführten Arbeitstagebuches nicht bestimmen. So hat die Klägerin hat zwar angegeben, dass sie und ihr Ehemann vereinbart haben, sich die Betreuung paritätisch zu teilen, so dass jeder an sechs Tagen in der Woche jeweils vier Stunden arbeiten kann zzgl. einer Zusatzstunde. Rein tatsächlich wurde diese Aufgabenteilung auch an Tagen, an denen beide Kinder gesund waren bzw. die Großmutter als Betreuungsperson eingesprungen ist, nicht konsequent eingehalten. So gibt es Tage, an denen ein Elternteil tatsächlich in einem größeren oder kleineren Stundenumfang tätig war und Wochen, in denen an sieben Tagen gearbeitet wurde und nur an fünf. Aus diesem Grund lässt sich der Arbeitszeitausfall durch die Betreuung des Kindes bei der Klägerin aus Sicht der Kammer auch nicht allgemein mit vier Stunden anrechnen. So möchte die Klägerin zwar an Tagen, an denen eines der Kinder erkrankt ist, pauschal vier Stunden – also die von ihr mit ihrem Mann verabredete übliche Arbeitszeit – als Arbeitszeit angerechnet wissen. Tatsächlich hat sie an einigen dieser Tage aber zusätzlich zu den vier Betreuungsstunden weitere 2-3 Stunden gearbeitet, so z.B. am 12.01.2017, 13.01.2017, 12.02.2017, 06.03.2017 und 03.04.2017. Unklar bleibt dabei, ob die ausgefallene Arbeitszeit daher tatsächlich vier Stunden betrug oder weniger. Würde man die Vereinbarung zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann zugrunde legen, die sich tatsächlich nicht in dem Arbeitstagebuch widerspiegelt, so könnte die Klägerin an Tagen, an denen sie die Betreuung eines erkrankten Kindes übernommen hat, insgesamt nicht mehr als vier Stundengeltend machen. In diesem Fall käme die Klägerin im 14. Lebensmonat nur auf 108,5 Stunden (84,5 Stunden Erwerbstätigkeit und 24 Stunden Kinderbetreuung wegen Erkrankung statt 28 durch Kürzung am 12. und 13.01.2017, also an den Tagen, an denen die Klägerin jeweils zwei Stunden erwerbstätig war). Die Mindestarbeitszeit von durchschnittlich 25 Wochenstunden wäre damit nicht erreicht (108,5

Stunden x 31 Tage im Lebensmonat: 7 = 24,5 Stunden im Wochendurchschnitt). Auch erweist sich die Bestimmung deshalb für die Kammer als unmöglich, weil die Klägerin nach dem im Verwaltungsverfahren eingereichten Arbeitstagebuch und der Klagebegründung teils an den Wochenenden die Betreuungszeit des erkrankten Kindes als Arbeitszeit angerechnet wissen will (z.B. 01.04. und 02.04.2017 sowie am 30.04.), teils indes nicht (so am 04.03. und 05.03.2017). In der mündlichen Verhandlung hat sie angegeben, dass die an den Wochenenden eingetragenen Betreuungszeiten nicht als Arbeitszeit gelten sollen, weil man sich die Wochenenden freihalten wollte. Auch insoweit bleibt für die Kammer unklar, ob die angegebene Betreuungszeit tatsächlich den Arbeitszeitausfall widerspiegelt. Sollte die Betreuungszeit an den Wochenenden tatsächlich keine Arbeitszeit ersetzen, so würde die Klägerin im 16. Lebensmonat nicht auf die erforderliche Mindestarbeitszeit kommen, denn ohne die Betreuungszeit am 01.04. und 02.04.2017 ergäbe sich eine Gesamtzeit von lediglich 107 Stunden (107 Stunden: 31 Tage im Lebensmonat x 7 = 24,16 Stunden im Wochendurchschnitt). Schließlich kann die Klägerin auch keine Besserstellung gegenüber einem abhängig Beschäftigten verlangen. So ist der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Freistellung wegen Erkrankung des Kindes in der Regel begrenzt, weil der Anspruch nach [§ 616 BGB](#) durch Arbeitsvertrag etc. abdingbar ist. Die Klägerin macht in den vier Lebensmonaten ihrer Kinder insgesamt 21 Erkrankungstage geltend. Dies dürfte das üblicherweise vereinbarte und gesetzlich normierte Maß übersteigen, so dass sie danach auch im 17. Lebensmonat, geht man von einer Erschöpfung des Anspruchs aus, lediglich auf 105 Stunden Erwerbstätigkeit käme, die die durchschnittliche Mindestwochenarbeitszeit nicht erreicht (105 Stunden: 30 Tage im Lebensmonat x 7 = 24,5 Stunden im Wochendurchschnitt). Der Anspruch auf Elterngeld ab dem 15. Lebensmonat besteht damit wegen der Nichterreichens der gesetzlich vorgesehenen Mindestarbeitszeit von 25 Wochenstunden unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt. Auch die Erstattungsforderung in Höhe von 3.512,60 Euro ist berechtigt. Rechtsgrundlage ist [§ 42 Abs. 2 S 2 SGB I](#). Hierauf kann eine Rückforderung gestützt werden, wenn - wie hier - bei der Bewilligung des Geldbetrages deutlich genug auf die an keine weiteren Voraussetzungen geknüpfte Erstattungspflicht hingewiesen worden ist (vgl. BSG, Urteil vom 26.03.2014 - [B 10 EG 4/13 R](#)). Da mit dem Bewilligungsbescheid vom 17.02.2016 in der Fassung vom 25.02.2017 das Elterngeld lediglich vorläufig und mit dem deutlichen Vorbehalt der Rückforderung bewilligt wurde, ist mit der rechtmäßigen Entscheidung über die endgültige Leistungsbewilligung eine Überzahlung in der geltend gemachten Höhe eingetreten, die zu erstatten ist. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und berücksichtigt den Ausgang des Rechtsstreits.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2020-11-19