

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
15. April 1997

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 1 RK 13/96

..... ,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Allgemeine Ortskrankenkasse Bremen/Bremerhaven,
Bürgermeister-Smidt-Straße 95, 28195 Bremen,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 1997 durch den Präsidenten von W u l f f e n , die Richter S t e e g e und Dr. D r e h e r sowie die ehrenamtlichen Richter G e r n e r und B a r t s c h für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Bremen vom 16. November 1995 wird zurückgewiesen.

Kosten sind nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

Der Kläger ist Inhaber einer Apotheke und nimmt als Arbeitgeber am Ausgleichsverfahren nach dem Lohnfortzahlungsgesetz (LFZG) teil. Seine bei ihm als Apothekerin beschäftigte Ehefrau hat laut Arbeitsvertrag Anspruch auf ein monatliches Bruttogehalt von 7.000 DM sowie eine einmal jährlich fällig werdende Tantieme in Höhe von 10 vH des im abgelaufenen Wirtschaftsjahr erzielten Betriebsgewinns. Für die Ehefrau des Klägers bestand in der Zeit vom 4. Juni bis 31. August 1993 nach ärztlichem Zeugnis ein Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG). Die beklagte AOK erstattete dem Kläger ihrer Satzung entsprechend 70 vH des gemäß § 11 MuSchG während des Beschäftigungsverbots weitergezählten laufenden Arbeitsentgelts, lehnte es jedoch ab, die aus dem Gewinn des Jahres 1992 errechnete, im Juni 1993 ausgezahlte Tantieme in Höhe von 24.000 DM in die Berechnung der Ausgleichszahlung einzubeziehen, weil es sich insoweit um einmalig gezahltes Arbeitsentgelt handele, das im Ausgleichsverfahren nicht erstattungsfähig sei (Bescheid vom 16. Dezember 1993).

Die nach erfolglosem Widerspruch erhobene Klage hat das Sozialgericht (SG) abgewiesen (Urteil vom 24. Mai 1995). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen (Urteil vom 16. November 1995). Die umstrittene Tantieme zähle nicht zu den nach § 10 Abs 1 LFZG auszugleichenden Arbeitgeberaufwendungen, denn sie knüpfe an die Arbeitsleistung und das Betriebsergebnis des Vorjahres an und könne deshalb ungeachtet des Auszahlungszeitpunkts nicht, auch nicht anteilig, auf den für die Berechnung des Erstattungsbetrages maßgebenden Beschäftigungszeitraum bezogen werden.

Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision rügt der Kläger Verstöße gegen § 10 Abs 1 LFZG und § 11 MuSchG. Bei der Tantieme handele es sich um eine jährliche Sonderzuwendung, die als zusätzliche Vergütung für die während des Jahres geleistete Arbeit gewährt werde. Wie ein 13. Monatsgehalt müsse sie deshalb anteilig auf die jeweiligen Entgeltabrechnungszeiträume des Jahres verteilt und bei der Ermittlung des nach § 11 MuSchG während des Beschäftigungsverbots fortzuzahlenden Arbeitsentgelts berücksichtigt werden. Auf die Auszahlungsmodalitäten und den Auszahlungszeitpunkt könne es dabei ebenso wenig ankommen wie auf den Umstand, daß die Höhe der gewinnabhängigen Sonderzahlung nicht im vorhinein betragsmäßig feststehe. Da die Tantieme wie anderes Arbeitsentgelt der Umlagepflicht nach § 14 Abs 2 LFZG unterliege, müsse sie auch in die Berechnung des Erstattungsbetrages eingehen.

Der Kläger beantragt,



die Urteile des Landessozialgerichts Bremen vom 16. November 1995 und des Sozialgerichts Bremen vom 24. Mai 1995 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 16. Dezember 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30. Mai 1994 zu verurteilen, in die Berechnung des Erstattungsbetrages nach dem Lohnfortzahlungsgesetz die an seine Ehefrau gezahlte Tantieme anteilig miteinzubeziehen.

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

II

Die Revision ist unbegründet.

Die Vorinstanzen haben dem Begehren des Klägers auf Einbeziehung der seiner Ehefrau gezahlten Gewinnbeteiligung in die Berechnung des Erstattungsbetrages nach § 10 Abs 1 Satz 1 Nr 3 LFZG mit Recht nicht entsprochen.

Die vorgenannte Bestimmung verpflichtet ua die Ortskrankenkassen, den am Umlage- und Ausgleichsverfahren nach dem zweiten Abschnitt des LFZG beteiligten Arbeitgebern in Kleinbetrieben mit weniger als 20 Beschäftigten 80 vH des nach § 11 MuSchG bei Beschäftigungsverboten gezahlten Arbeitsentgelts zu erstatten. Die Höhe des Erstattungsbetrages kann nach § 16 Abs 2 Nr 1 LFZG durch Satzungsbestimmung beschränkt werden. Von dieser Ermächtigung hat die Beklagte nach den Feststellungen des LSG Gebrauch gemacht und in ihrer Satzung die Erstattungsquote abweichend von der gesetzlichen Regelung auf 70 vH des für die Entgeltfortzahlung aufgewendeten Betrages ermäßigt.

Grundlage für die Berechnung der Erstattungsforderung ist gemäß § 10 Abs 1 Satz 1 Nr 3 LFZG "das nach § 11 MuSchG bei Beschäftigungsverboten gezahlte Arbeitsentgelt" (im folgenden: Mutterschutzlohn). Die Formulierung verdeutlicht, daß nicht das tatsächlich gezahlte, sondern nur das nach den Vorschriften des MuSchG als Gehaltsfortzahlung geschuldete Arbeitsentgelt zu erstatten ist. Wie sich aus § 11 Abs 1 MuSchG ergibt, ist das der Betrag, der sich für die Zeit des Beschäftigungsverbots anhand des Durchschnittsverdienstes der letzten 13 Wochen oder der letzten drei Monate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, errechnet. Für die Höhe des Mutterschutzlohns ist mithin das Arbeitsentgelt maßgebend, das die Arbeitnehmerin in einem bestimmten zurückliegenden Zeitraum - dem Berechnungs- oder Bezugszeitraum - im Durchschnitt erzielt hat (sogenanntes Bezugs- oder Referenzprinzip im Unterschied zu dem bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall angewandten Lohnausfallprinzip; vgl



Gröninger/Thomas, Komm zum MuSchG, Stand 1994, § 11 RdNr 10 mwN). Welche Einkünfte bei der Bestimmung des Durchschnittsverdienstes zu berücksichtigen sind, richtet sich nicht nach dem sozialversicherungsrechtlichen, sondern nach dem arbeitsrechtlichen Verdienstbegriff, weil § 11 MuSchG einen arbeitsrechtlichen Anspruch regelt. Zum Arbeitsverdienst bzw Arbeitsentgelt rechnen danach in Abgrenzung zu reinen Sozial- oder Fürsorgeleistungen des Arbeitgebers grundsätzlich alle Zuwendungen, die nach ihrer Zweckbestimmung zumindest auch als Gegenleistung für geleistete oder noch zu leistende Arbeit aufzufassen sind. Darunter fallen entgegen der Ansicht des SG auch vertraglich vereinbarte Gewinnbeteiligungen, die wie andere einmalige oder periodisch wiederkehrende Sonderzahlungen auf die Gesamtarbeitsleistung während eines bestimmten Zeitraums, meist eines Jahres, bezogen sind.

Was die zeitliche Zuordnung angeht, ist für den Anspruch nach § 11 Abs 1 MuSchG nicht auf das Entgelt abzustellen, das der Arbeitnehmerin im Berechnungszeitraum zugeflossen, also tatsächlich an sie ausgezahlt worden ist. Entscheidend ist vielmehr das Entgelt, das sie im Berechnungszeitraum als Gegenleistung für ihre Arbeit verdient hat, auch wenn es gegebenenfalls schon früher (als Lohnvorauszahlung) oder erst später (als Lohnnachzahlung oder Sonderzahlung) gewährt worden ist (BAG, Urteil vom 8. September 1978 - AP Nr 8 zu § 11 MuSchG 1968; BAG, Urteil vom 28. November 1984 - AP Nr 10 zu § 11 MuSchG 1968). Ausgehend hiervon könnte die im Juni 1993 gezahlte Tantieme von 24.000 DM, die bisher der Klageforderung zugrunde gelegt worden ist, schon deshalb keine Berücksichtigung finden, weil sie sich nicht, auch nicht teilweise, der im Berechnungszeitraum erbrachten Arbeitsleistung zuordnen läßt. Nach dem eigenen Vortrag des Klägers handelt es sich bei dem genannten Betrag um die Beteiligung an dem Gewinn des vorausgegangenen, vom 1. Oktober 1991 bis 30. September 1992 reichenden Wirtschaftsjahres. Die Tantieme ist also, soweit sie Lohn für geleistete Arbeit darstellt, ausschließlich auf diesen Zeitraum und die darin im Betrieb des Klägers ausgeübte Tätigkeit zu beziehen. Damit aber weist sie keinen Bezug zu dem während des Beschäftigungsverbots in den Monaten Juni bis August 1993 gezahlten Mutterschutzlohn auf. Zwar enthalten die vorinstanzlichen Urteile keine Feststellungen zur genauen Lage des für die Ermittlung des Durchschnittsverdienstes maßgeblichen Bezugszeitraums. Nach den gesamten Umständen, insbesondere der aus den ärztlichen Bescheinigungen ersichtlichen Dauer des Beschäftigungsverbots, kann aber ausgeschlossen werden, daß die Schwangerschaft der Ehefrau des Klägers vor dem 1. Januar 1993 eingetreten ist mit der Folge, daß der die letzten drei Monate vor Eintritt der Schwangerschaft umfassende Bezugszeitraum keinesfalls bis in die Zeit zurückreicht, in der die fragliche Gewinnbeteiligung verdient wurde.

Aber auch soweit der Kläger nunmehr hilfsweise die Erstattung des auf die Zeit des Beschäftigungsverbots entfallenden Anteils an der (betragsmäßig bisher nicht bezifferten) Tantieme für das Wirtschaftsjahr 1992/93 verlangt, kann er mit seinem Begehren nicht



durchdringen. Zwar beinhaltet das Hilfsvorbringen keine im Revisionsverfahren gemäß § 168 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) unzulässige Klageänderung, sondern lediglich eine Ergänzung bzw Berichtigung der zur Anspruchsbegründung dienenden tatsächlichen Ausführungen iS des § 99 Abs 3 Nr 1 SGG. Es ändert aber nichts an dem rechtlichen Ergebnis, weil die Gewinnbeteiligung nicht zu dem für die Zeit des Beschäftigungsverbots fortgezählten Arbeitsentgelt gehört.

Im Hinblick darauf, daß § 11 Abs 1 MuSchG die Sicherung des Lebensstandards der schwangeren Arbeitnehmerin bezweckt und deshalb nicht auf den Verdienst schlechthin, sondern auf den Durchschnitts- oder "Normalverdienst" in der Zeit vor der Schwangerschaft abstellt, haben außergewöhnliche Einkünfte, die die Arbeitnehmerin im Berechnungszeitraum erzielt hat, außer Betracht zu bleiben. Einmalige Zuwendungen des Arbeitgebers sind deshalb, auch wenn sie innerhalb dieses Zeitraums gewährt werden oder ihm als Arbeitsentgelt zuzuordnen sind, in der Regel nicht in die Berechnung des Durchschnittsverdienstes einzubeziehen (BSG, Urteil vom 22. Juni 1966 - BSGE 25, 69 = SozR Nr 7 zu § 13 MuSchG 1952; BAG, Urteil vom 21. September 1971 - AP Nr 2 zu § 2 LohnFG; Zmarzik/Zipperer/Viethen, Komm zum MuSchG, 5. Aufl, § 11 RdNr 23; Meisel/Sowka, Komm zum MuSchG, 4. Aufl, § 11 RdNr 47; Gröninger/Thomas, Komm zum MuSchG, Stand 1994, § 11 RdNr 20). Eine Ausnahme bilden solche einmaligen oder wiederkehrenden Zuwendungen, die wie das Weihnachtsgeld, ein 13. Monatsgehalt oder die in Rede stehende Tantieme ganz oder teilweise als (zusätzliche) Vergütung für die während des Jahres geleistete Arbeit aufzufassen sind und sich rechnerisch auf die einzelnen Monate verteilen und dem jeweiligen monatlichen Arbeitsentgelt anteilig zuschlagen lassen. Bei derartigen Jahressonderzahlungen ist zu differenzieren; ihre Einbeziehung in den Mutterschutzlohn hängt davon ab, ob die Zuwendung für Monate, in denen wegen eines Beschäftigungsverbots nach dem MuSchG nicht gearbeitet wurde, anteilig gekürzt wird oder ob sie nach dem Tarif- oder Arbeitsvertrag auch dann in voller Höhe beansprucht werden kann, wenn die Arbeitsleistung im Verlauf des Jahres durch krankheits- oder mutterschaftsbedingte Fehlzeiten mit Anspruch auf Entgeltfortzahlung oder Lohnersatzleistungen unterbrochen war. Für den zuerst genannten Fall hat der Senat entschieden, daß ein 13. Monatsgehalt bei der Berechnung des im Bezugszeitraum erzielten Durchschnittsverdienstes zu berücksichtigen ist, wenn es nach der tariflichen Gestaltung ausschließlich Vergütung für geleistete Arbeit und dem monatlich verdienten Arbeitsentgelt anteilig zuzurechnen ist (Urteil vom 17. April 1991, SozR 3-7860 § 10 Nr 2 = NZA 1992, 298). Wird das in Form einer jährlichen Sonderzahlung gewährte zusätzliche Arbeitsentgelt bei Tätigkeitsunterbrechungen infolge eines Beschäftigungsverbots anteilig gemindert, so entspricht es dem Zweck der Vorschriften über die Entgeltfortzahlung, die Sonderzuwendung als Bestandteil des monatlich verdienten Arbeitsentgelts und mithin eine den Lebensstandard prägende Leistung in den Durchschnittsverdienst des § 11 MuSchG mit einzubeziehen. Anders ist es dagegen, wenn der Arbeitnehmerin die zusätzliche Vergütung unabhängig davon zusteht, ob während des Jahres Fehlzeiten aufgetre-



ten sind oder nicht. Ist das der Fall, führt die Arbeitsunterbrechung während der Zeit des Beschäftigungsverbots nicht zu einem Ausfall des Arbeitsentgelts. Würde die Sonderzuwendung dennoch in den im Bezugszeitraum erzielten Durchschnittsverdienst eingerechnet, käme es zu einer ungerechtfertigten Doppelzahlung (Zmarzik/Zipperer/Viethen, aaO; Meisel/Sowka, aaO; zu der vergleichbaren Problematik bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall: Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, Komm zum EFZG, 3. Aufl, § 4 RdNr 38). Ein Erstattungsanspruch des Arbeitgebers gemäß § 10 Abs 1 Satz 1 Nr 3 LFZG scheidet in derartigen Fällen aus, weil die Zuwendung nicht, auch nicht teilweise, auf § 11 MuSchG beruht, sondern ihren Rechtsgrund ausschließlich in dem Tarif- oder Arbeitsvertrag hat, der den Arbeitgeber zu der Sonderzahlung verpflichtet.

Bei Zugrundelegung dieser rechtlichen Kriterien kann der Kläger eine Erstattung der umstrittenen Gewinnbeteiligung nicht verlangen; denn die Tantieme stand seiner Ehefrau ungeachtet dessen zu, daß sie wegen des Beschäftigungsverbots während der Schwangerschaft zeitweise mit der Arbeit ausgesetzt hatte. Das ergibt sich aus den zwischen den Eheleuten getroffenen Vereinbarungen unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung der in Rede stehenden Leistung. Der Arbeitsvertrag sieht eine Kürzung der Tantieme für den Fall krankheits- oder mutterschaftsbedingter Fehlzeiten nicht vor. Eine solche Kürzung käme deshalb nur in Betracht, wenn sich ihre Zulässigkeit auch ohne besondere Regelung aus einschlägigen Rechtsvorschriften oder aus der Natur der Sache ergäbe, etwa weil der Anspruch auf die Tantieme nach Art und Zweck dieser Zuwendung zwingend eine ununterbrochene tatsächliche Arbeitsleistung voraussetzen würde. Das ist indessen nicht der Fall. Anders als eine Provision oder eine vergleichbare Erfolgsbeteiligung, die als Gegenleistung für einen konkreten, durch den Arbeitnehmer herbeigeführten Geschäftsabschluß gewährt wird, stellt eine prozentuale Beteiligung an dem von allen Arbeitnehmern des Betriebes gemeinsam erwirtschafteten Jahresgewinn nicht ausschließlich Entgelt für tatsächlich geleistete Arbeit dar, sondern honoriert auch die besondere Verantwortung und Bedeutung des Bezugsberechtigten für den Betrieb. Von daher ergibt sich kein Anhaltspunkt für eine strikte Koppelung an die tatsächliche Arbeitsleistung in der Weise, daß die Tantieme auch ohne besondere arbeitsvertragliche Vereinbarung bei vorübergehenden Fehlzeiten anteilig zu kürzen ist.

Die der Ehefrau des Klägers zustehende Gewinnbeteiligung ist nach alledem bei der Bestimmung des Durchschnittsverdienstes und damit bei der Berechnung des Mutterschutzlohns nicht zu berücksichtigen. Gehört aber die Tantieme nicht zu dem "nach § 11 MuSchG bei Beschäftigungsverboten gezahlten Arbeitsentgelt", so ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 10 Abs 1 Satz 1 Nr 3 LFZG für eine Erstattung insoweit kein Raum.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil die Tantieme als Arbeitsentgelt im weiteren Sinne der Umlagepflicht nach § 14 LFZG unterliegt. Daraus kann nicht abgeleitet werden, daß sie entgegen § 11 Abs 1 MuSchG bei der Berechnung des Mutterschutz-



lohns berücksichtigt werden muß. Das Bundesverfassungsgericht hat es allerdings mit Art 3 Abs 1 GG für unvereinbar angesehen, wenn einmalig gezahltes Arbeitsentgelt einerseits zu Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen wird, andererseits aber bei der Berechnung kurzfristiger Lohnersatzleistungen im Bereich der Krankenversicherung oder der Arbeitslosenversicherung keine Berücksichtigung findet (Beschluß vom 11. Januar 1995 - BVerfGE 92, 53 = SozR 3-2200 § 385 Nr 6). Ob die in dieser Entscheidung erhobene Forderung nach einer Äquivalenz von Beiträgen und Leistungen als Ausdruck des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Sozialversicherung auf das Umlageverfahren nach § 14 LFZG zu übertragen ist, weil es sich dabei um ein der Sozialversicherung ähnliches Risikoausgleichssystem handelt (vgl dazu BSGE 36, 16, 19 = SozR Nr 1 zu § 10 LFZG), braucht der Senat nicht zu entscheiden. Denn selbst wenn der derzeitige Rechtszustand verfassungswidrig sein sollte, weil danach auch solche Einmalzahlungen der Umlagepflicht unterliegen, die wegen ihrer Art und Zweckbestimmung bei der Berechnung der Entgeltfortzahlung nach dem EFZG oder dem MuSchG regelmäßig außer Betracht bleiben, könnte dies allenfalls zur Folge haben, daß die betreffenden Zuwendungen nicht zur Umlage herangezogen werden dürften, nicht aber, daß dem betroffenen Arbeitnehmer ein im Gesetz nicht vorgesehener Leistungsanspruch zuerkannt wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)