

## L 11 EG 1557/16

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Mannheim (BWB)  
Aktenzeichen  
S 6 EG 3129/15  
Datum  
24.03.2016  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 11 EG 1557/16  
Datum  
13.12.2016  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Provisionen, die neben dem monatlichen Grundgehalt für kürzere Zeiträume als ein Jahr und damit mehrmals im Jahr nach festgelegten Berechnungstichtagen gezahlt werden, sind auch nach der ab 01.01.2015 geltenden Fassung von [§ 2c Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) (Geburt des Kindes: 10.05.2015) als laufender Arbeitslohn bei der Bemessung des Elterngeldes zu berücksichtigen. Dem steht die ebenfalls ab 01.01.2015 erfolgte Neufassung von R 39b.2 Abs. 2 der Lohnsteuerrichtlinien nicht entgegen. Es widerspricht dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, wenn zur Regelung der Höhe des Elterngeldes in Form einer dynamischen Verweisung auf norminterpretierende Verwaltungsvorschriften verwiesen wird.

(Die Revision wurde vom Senat zugelassen.)

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 24.03.2016 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte erstattet auch die außergerichtlichen Kosten der Klägerin im Berufungsverfahren.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Höhe des Anspruchs auf Elterngeld.

Die 1986 geborene Klägerin ist verheiratet und Mutter des 2015 geborenen T. G. K. (im Folgenden: T). Sie ist seit 15.04.2010 bei der 1. M. & Me. GmbH als "Junior Online-Marketing-Manager" versicherungspflichtig beschäftigt. Nach § 4 Abs 1 des Anstellungsvertrags erhält sie neben einem monatlichen Festgehalt einen erfolgsabhängigen variablen Gehaltsanteil im Quartal von 1.170 EUR brutto (zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses) bei 100% Zielerreichung. In der Zeit vom 01.03.2014 bis 28.02.2015 erzielte die Klägerin Einnahmen aus dem Festgehalt iHv 39.175 EUR brutto und aus den im April, Juli, Oktober 2014 und Januar 2015 ausgezahlten Provisionen iHv insgesamt 6.808,80 EUR brutto. In der Zeit vom 25.03. bis 05.07.2015 bezog sie Mutterschaftsgeld iHv 13 EUR und einen Arbeitgeberzuschuss iHv 63,02 EUR kalendertäglich. Im ersten Lebensjahr von T übte die Klägerin nach eigenen Angaben keine Erwerbstätigkeit aus.

Auf Antrag vom 28.07.2015 bewilligte die Beklagte der Klägerin Elterngeld für den 1. Lebensmonat von T iHv 0 EUR, für den 2. Lebensmonat iHv 163,97 EUR und für die Lebensmonate 3 bis 12 iHv jeweils 1.229,79 EUR (Bescheid vom 17.08.2015). Hierbei rechnete die Beklagte für die ersten beiden Lebensmonate Mutterschaftsgeld und Arbeitgeberzuschuss hierzu auf das Elterngeld an. Bei der Einkommensermittlung legte sie das Grundgehalt aus der Beschäftigung, nicht jedoch die Provisionszahlungen zugrunde.

Mit Widerspruch vom 10.09.2015 wandte sich die Klägerin gegen die fehlende Berücksichtigung der Quartalsprovisionen. Es handele sich um einen festen, regelmäßigen Gehaltsbestandteil, der bei der Bemessung des Elterngeldes Berücksichtigung finden müsse (unter Hinweis auf Bundessozialgericht (BSG) 26.03.2014, [B 10 EG 7/13 R](#)). Nach der Regelung in § 4.1 des Arbeitsvertrags handele es sich bei der Quartalsprovision um laufenden Arbeitslohn gemäß [§ 39b Abs 2](#) Einkommenssteuergesetz (EStG) und nicht um einen sonstigen Bezug iSv [§ 39b Abs 3 EStG](#). Die Provisionszahlungen hätten daher nach [§ 2c Abs 1 Satz 1](#) Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) bei der Elterngeldberechnung berücksichtigt werden müssen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 16.09.2015 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie aus, maßgebend seien die Einkünfte im Bemessungszeitraum 01.03.2014 bis 28.02.2015. Bei Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit würden die im Lohnsteuerabzugsverfahren nach den lohnsteuerlichen Vorgaben als sonstige Bezüge zu behandelnden Einnahmen bei der

Elterngeldberechnung nicht berücksichtigt. Die Abgrenzung zwischen laufendem Arbeitslohn und sonstigen Bezügen erfolge durch den Arbeitgeber auf der Grundlage der Lohnsteuerrichtlinien (R 39b 2). Die Urteile des BSG vom 26.03.2014 bezögen sich auf [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) in der bis 31.12.2014 geltenden Fassung und seien auf die Neufassung nicht mehr anwendbar. Für die Zeit ab 01.01.2015 sei maßgeblich für die Frage der Nichtanrechnung von sonstigen Bezögen allein die steuerliche Behandlung durch den Arbeitgeber nach den lohnsteuerlichen Vorgaben.

Hiergegen richtet sich die am 15.10.2015 zum Sozialgericht Mannheim (SG) erhobene Klage. Bereits aus dem Wortlaut der ab 01.01.2015 geltenden Fassung des [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) ergebe sich, dass für die Bemessung des Elterngelds darauf abzustellen sei, wie Einnahmen im Lohnsteuerabzugsverfahren nach den lohnsteuerlichen Vorgaben zu behandeln seien. Es sei entgegen der Ansicht der Beklagten gerade nicht maßgeblich, wie der Arbeitgeber die Einnahmen steuerrechtlich behandelt habe. Zwar seien die Gehaltsbescheinigungen Grundlage der Elterngeldberechnung und es gelte für sie eine Richtigkeitsvermutung nach [§ 2c Abs 2 BEEG](#). Diese Vermutung könne aber widerlegt werden. Auch die historische Auslegung stütze dieses Ergebnis. Schon in der bis 31.12.2014 geltenden Fassung des [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) sei es allein auf die Behandlung der Einnahmen nach steuerrechtlichen Vorgaben angekommen, nicht auf die faktische Behandlung durch den Arbeitgeber (BSG 26.03.2014, [B 10 EG 14/13 R](#)). In der Neufassung habe der Gesetzgeber in Kenntnis der Rechtsprechung klargestellt, dass die Einordnung von Lohn- und Gehaltsbestandteilen als sonstige Bezöge allein nach lohnsteuerrechtlichen Vorgaben erfolge. Es komme allein darauf an, ob die Gehaltsbestandteile danach richtigerweise als sonstige Bezöge zu behandeln seien. Die Quartalsprovisionen seien richtigerweise als laufender Arbeitslohn iSv [§ 39b Abs 2 EStG](#) zu behandeln. Dies ergebe sich aus den Lohnsteuerrichtlinien (LStR 2015 R 39b.2 Abs 2 Satz 1), denn es handele sich um regelmäßige, fortlaufende Zahlungen. Im Übrigen würden Provisionen anders als zB Gratifikationen oder Tantiemen in der Aufzählung sonstiger Bezöge nach LStR R 39b.2 nicht erwähnt. Sie könnten daher je nach Auszahlungsmodus den sonstigen oder den laufenden Bezögen zugerechnet werden. Eine quartalsweise Auszahlung ändere jedenfalls nichts an der Regelmäßigkeit und dem Charakter einer laufenden Zahlung.

Die Beklagte ist dem entgegen getreten und hat ausgeführt, der Gesetzgeber habe mit der Gesetzesänderung zum 01.01.2015 insbesondere die vom BSG verfügte Berücksichtigung von Provisionen korrigieren und die Richtigkeitsvermutung von Lohn- und Gehaltsabrechnungen wieder herstellen wollen. Aus der Gesetzesbegründung ([BT-Drs 18/2583 S 24](#)) ergebe sich, dass der Gesetzgeber davon ausgehe, dass Provisionen, auch wenn sie mehr als einmal pro Jahr gezahlt würden, sonstige Bezöge iSd LStR seien. Damit seien die Lohn- und Gehaltsabrechnungen der Klägerin richtig. Die Auffassung des BSG stehe im Gegensatz zum Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers.

Mit Urteil vom 24.03.2016 hat das SG die Beklagte verurteilt, der Klägerin Elterngeld für den 1. bis 12. Lebensmonat von T in gesetzlicher Höhe unter Berücksichtigung der Quartalsprovisionen zu bewilligen. Diese seien zu Unrecht nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen worden, auch wenn sie in den Lohnabrechnungen des Arbeitgebers als Einmalzahlungen versteuert worden seien. Auch mit der Neufassung des [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) zum 01.01.2015 seien Provisionen als laufender Arbeitslohn bei der Elterngeldberechnung zu berücksichtigen, wenn sie neben dem monatlichen Grundgehalt für kürzere Zeiträume als ein Jahr und damit mehrmals im Jahr nach festgelegten Berechnungstichtagen regelmäßig gezahlt würden. Das SG schließe sich auch für die Neuregelung des [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) der Rechtsprechung des BSG zu der Vorgängerregelung an. Die Vorschrift bestimme: "Nicht berücksichtigt werden Einnahmen, die im Lohnsteuerabzugsverfahren nach den lohnsteuerrechtlichen Vorgaben als sonstige Bezöge zu behandeln sind." [§ 39b EStG](#) definiere diese Begriffe nicht selbst, lediglich die LStR erläuterten diese in Form von Verwaltungsanweisungen (LStR R 39b.2 Abs 1 zu laufendem Arbeitslohn und Abs 2 zu sonstigen Bezögen). Bei der steuerrechtlichen Unterscheidung gehe es nicht darum, ob überhaupt Lohnsteuer zu erheben sei, sondern nur um die Frage, in welchem Veranlagungszeitraum bestimmte Entgeltkomponenten zu versteuern seien, um einen "zutreffenden" progressionsgerechten Lohnsteuerabzug zu erreichen. Die faktische Behandlung der Quartalsprovisionen als sonstige Bezöge im Lohnsteuerabzugsverfahren durch den Arbeitgeber rechtfertige schon nach dem Wortlaut des [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) ("zu behandeln sind") nicht, diese bei der Berechnung des Elterngelds außer Betracht zu lassen. Nach dem Willen des Gesetzgebers seien alle Lohn- und Gehaltsbestandteile, die richtigerweise nach lohnsteuerrechtlichen Vorgaben entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BSG (26.03.2014, [B 10 EG 14/13 R](#)) als sonstige Bezöge zu behandeln seien, auch elterngeldrechtlich als solche zu behandeln ([BT-Drs 18/2583 S 25](#)). Nach den lohnsteuerrechtlichen Vorgaben stehe nicht generell fest, wie Provisionen zu behandeln seien. In der Aufzählung sonstiger Bezöge würden sie in den LStR 2013 und 2015 R 39b.2 Abs 2 Satz 2 nicht erwähnt und könnten damit den Kategorien laufender/nicht laufender Arbeitslohn nur nach sachlichen Kriterien zugeordnet werden. Es sei möglich, dass Provisionen monatlich zur Auszahlung gelangten. Aber auch bei quartalsweiser Auszahlung ändere sich nichts an ihrer Regelmäßigkeit und dem Charakter einer laufenden Zahlung, sofern es sich bei Abrechnungen ab 2015 nicht um quartalsweise ausgekehrte Teilbeträge einer jährlich geschuldeten Leistung handele (LStR 2015 R 39b.2 Abs 2 Satz 2 Nr 10). Letzteres sei hier nicht der Fall, da die Quartalsprovision nach dem Arbeitsvertrag nicht jährlich geschuldet und quartalsweise ausgezahlt werde, sondern als vierteljährliche Schuld einmal im Quartal fällig sei. Die Richtigkeitsvermutung der Abrechnung des Arbeitgebers könne widerlegt werden. Nichts anderes belege [BT-Drs 18/2583 S 25](#). Die Formulierung "dies gilt insbesondere für Provisionen" nehme Bezug auf den vorangegangenen Satz, welcher lediglich besage, dass alle Lohn- und Gehaltsbestandteile, die richtigerweise nach den lohnsteuerrechtlichen Vorgaben als sonstige Bezöge zu behandeln seien, auch elterngeldrechtlich als solche zu behandeln seien. Die Versteuerung der Quartalsprovisionen durch den Arbeitgeber als sonstige Bezöge sei nach alledem fälschlich erfolgt.

Gegen das ihr am 31.03.2016 zugestellte Urteil richtet sich die am 26.04.2016 eingelegte Berufung der Beklagten. Sie ist der Auffassung, die Berücksichtigung auch mehrfach im Jahr geleisteter Provisionen als für die Berechnung des Elterngelds relevantem Einkommen widerspreche sowohl dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers als auch geltendem Recht. Durch die Ergänzung des [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) zum 01.01.2015 habe der Gesetzgeber klargestellt, dass die Einordnung als sonstige Bezöge allein nach lohnsteuerlichen Vorgaben erfolge. Ein Auseinanderfallen des lohnsteuerlichen und elterngeldrechtlichen Einkommensbegriffs würde dazu führen, dass die Festlegungen in den Lohn- und Gehaltsabrechnungen schon dem Grunde nach nicht mehr unmittelbar für die Elterngeldberechnung genutzt werden könnten (unter Hinweis auf [BT-Drs 18/2583 S 24](#)). Was laufender Arbeitslohn in Abgrenzung zum sonstigen Bezug sei, sei gesetzlich nicht geregelt. Der Bundesfinanzhof (BFH) habe diesen Begriff dahin konkretisiert, dass laufender Arbeitslohn das dem Arbeitnehmer regelmäßig zufließende Arbeitsentgelt (Monatsgehalt, Wochen- oder Tageslohn, Überstundenvergütung, laufend gezahlte Zulagen oder Zuschläge und geldwerte Vorteile aus regelmäßigen Sachbezögen) sei, wobei die Höhe schwanken könne. Bei einmalig zugewandten Bezögen sei kein laufender Bezug gegeben. Die Einmaligkeit einer Provisionszahlung als einziges Kriterium für die Zuordnung zum sonstigen Bezug zu nehmen und mehrfach und regelmäßig im Jahr zufließende Provisionen als laufenden Arbeitslohn zu behandeln, sei nicht sachgerecht und auch nach dem Wortlaut von LStR 39b.2 nicht erforderlich. Danach gehörten zu den sonstigen Bezögen insbesondere

einmalige Arbeitslohnzahlungen. Dass Provisionen hier nicht ausdrücklich genannt seien, stehe ihrer Zuordnung zu den sonstigen Bezügen ebenfalls nicht entgegen, denn es handle sich um eine nicht abschließende, beispielhafte Aufzählung. Dies ergebe sich auch aus der neu aufgenommenen Ziffer 10 LStR 2015 R 39b Abs 2, wonach auch Zahlungen innerhalb eines Kalenderjahres als viertel- oder halbjährliche Teilbeträge zu den sonstigen Bezügen gehörten. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BSG prägten den maßgeblichen Lebensstandard des Elterngeldberechtigten nur solche Provisionen, die regelmäßig mindestens zweimal im Jahr zufließen. Die Schlussfolgerung des BSG, dass die mehrfache Auszahlung pro Jahr die Rechtssicherheit und Dauerhaftigkeit des Bezugs begründen solle, sei weder zwingend, noch nachvollziehbar, denn Provisionen seien in erster Linie Umsatzbeteiligungen, die stark schwankten oder auch ganz entfallen könnten, wobei der Arbeitnehmer die wirtschaftliche Entwicklung nur bedingt in der Hand habe. Es sei auch nicht nachvollziehbar, wieso zweimal im Jahr zufließende Provisionen die Lebensverhältnisse mehr prägen sollten, als nur einmalig gezahlte Provisionen. Der die individuellen Lebensverhältnisse prägende Charakter von Provisionen sei grundsätzlich in Frage zu stellen. Mit der Neufassung von [§ 2c Abs 2 BEEG](#) habe der Gesetzgeber die Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung der Lohn- und Gehaltsabrechnung ausdrücklich in [§ 2c Abs 2 Satz 2 BEEG](#) aufgenommen. Alle Lohn- und Gehaltsbestandteile seien somit richtigerweise nach den lohnsteuerlichen Vorgaben als sonstige Bezüge zu behandeln, wenn sie in den Gehaltsbescheinigungen als solche ausgewiesen seien. Dies rechtfertige sich daraus, dass Arbeitgeber die Gehaltsbescheinigungen nach einheitlichen Vorgaben erstellen müssten (vgl. [§ 108 GewO](#) iVm der Entgeltbescheinigungsverordnung) und nicht willkürlich. Zwar sei die Elterngeldstelle dadurch nicht von ihrer Sachaufklärungspflicht entbunden, eine solche bestehe jedoch nur, wenn im Verwaltungsverfahren Hinweise auf Fehler oder Einwendungen der Antragsteller geprüft werden müssten. Aus den Gehaltsbescheinigungen ergäben sich vorliegend keine Hinweise auf Fehler, da die Prämienzahlungen eindeutig als Einmalzahlungen ausgewiesen seien. Die Behörde sei nicht verpflichtet, die Zuordnung in den Gehaltsbescheinigungen gemäß den Einwendungen der Antragsteller abzuändern. Nach alledem könnten die vom BSG entwickelten Grundsätze zur bis zum 31.12.2014 geltenden Fassung von [§ 2c BEEG](#) bezüglich der Berücksichtigung mehrfach im Jahr geleisteter Provisionen auf die Neufassung nicht übertragen werden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 24.03.2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Es entspreche der gesetzlichen Regelung nach [§ 2c Abs 1 BEEG](#) und dem gesetzgeberischen Willen, die gezahlten Provisionen bei der Elterngeldberechnung zu berücksichtigen. Für die Differenzierung zwischen laufendem Arbeitslohn und sonstigen Bezügen sei allein maßgeblich, ob die Zahlungen nach den arbeitsrechtlichen Vereinbarungen regelmäßig fortlaufend erfolgten. Dies sei hier der Fall, da [§ 4.1](#) des Arbeitsvertrags die ständig wiederkehrende und damit fortlaufende quartalsweise Auszahlung bestimme. Richtigerweise seien die Provisionen daher nach den steuerlichen Vorgaben als laufender Arbeitslohn einzustufen. Soweit die Beklagte meine, aus der nicht abschließenden Aufzählung in LStR R 39b Abs 2 folge, dass auch regelmäßig und mehrfach im Jahr ausgezahlte Provisionen als sonstiger Bezug gewertet werden könnten, sei das Gegenteil der Fall. Nichts anderes folge aus Ziffer 10 R 39b Abs 2 LStR 2015, denn diese beziehe sich auf Teilbeträge und sei damit vorliegend schon nicht einschlägig. Die Provisionen hätten den Lebensstandard der Klägerin dauerhaft und rechtssicher geprägt, der Arbeitsvertrag sage die regelmäßige Zahlung ausdrücklich zu. Die Beklagte möge den prägenden Charakter laufender Provisionszahlungen auf den Lebensstandard generell in Frage stellen. Die Klägerin habe jedenfalls ihren Lebensstandard in Bezug auf Grundgehalt und Provisionen ausgerichtet. Es handle sich nicht nur um ein theoretisches Bezugsrecht. Die Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung der Gehaltsabrechnung sei widerlegbar, daran änderten auch nichts die einheitlichen Vorgaben für die Erstellung der Lohnbescheinigungen. Treffe der Arbeitgeber eine falsche Zuordnung, die lohnsteuerlichen Vorgaben widerspreche, müsse diese korrigiert werden. Der Entgeltbescheinigung komme keine unmittelbare Rechtswirkung zu. Hier sei die Vermutungsregelung widerlegt, weshalb die Bewilligung abzuändern sei.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge und die Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte ([§ 151 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)) und auch ansonsten statthafte ([§§ 143, 144 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGG](#)) Berufung der Beklagten ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Das SG hat zu Recht den angefochtenen Bescheid vom 17.08.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16.09.2015 abgeändert und die Beklagte zur Gewährung höheren Elterngelds verurteilt, denn die Klägerin hat einen Anspruch auf Elterngeld unter Berücksichtigung der gezahlten Quartalsprovisionen iHv insgesamt 6.808,80 EUR neben dem laufenden monatlichen Arbeitsentgelt.

Der Anspruch der Klägerin auf Elterngeld richtet sich nach dem mit Wirkung zum 01.01.2007 eingeführten BEEG (Gesetz vom 05.12.2006, [BGBl I 2748](#)). Nach [§ 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). Die Klägerin hatte im Bezugszeitraum ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, lebte mit dem am 10.05.2015 geborenen T in einem Haushalt, betreute und erzog ihn und übte während des Bewilligungszeitraums keine Erwerbstätigkeit aus. Dies entnimmt der Senat den Angaben der Klägerin gegenüber der Beklagten im Verwaltungsverfahren.

Die Höhe des Elterngeldes bemisst sich nach [§ 2 BEEG](#) (hier gemäß der Übergangsvorschrift des [§ 27 Abs 1 Satz 2 BEEG](#) in der Fassung vom 10.09.2012, [BGBl I 1878](#)). Elterngeld wird gemäß [§ 2 Abs 1 Satz 1 und 2 BEEG](#) in Höhe von 67% des Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1.800,00 EUR monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat. In den Fällen, in denen das Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt höher als 1.200,00 EUR war, sinkt der Prozentsatz von 67% um 0,1 Prozentpunkte für je 2 Euro, um die dieses Einkommen aus Erwerbstätigkeit den Betrag von 1.200,00 EUR überschreitet, auf bis zu 65% ([§ 2 Abs 2 Satz 2 BEEG](#)). Für die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit sind die zwölf Kalendermonate vor dem Monat der Geburt des Kindes maßgeblich ([§ 2b Abs 1 BEEG](#) idF vom 23.10.2012, [BGBl I 2246](#)) mit den Einschränkungen des [§ 2b Abs 1 Satz 2 BEEG](#). Danach bleiben ua Kalendermonate unberücksichtigt, in denen die berechnete Person

Mutterschaftsgeld nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch bezogen hat. Unter Anwendung dieser Regelungen fallen die Monate März und April 2015 nicht mit in den Bemessungszeitraum, da die Klägerin ab dem 25.03.2015 Mutterschaftsgeld bezogen hat. Damit reicht der Bemessungszeitraum vom 01.03.2014 bis 28.02.2015, wie von der Beklagten zutreffend zugrunde gelegt.

Die Beklagte ist zunächst zu Recht davon ausgegangen, dass das Elterngeld nach den für abhängig Beschäftigte geltenden Vorschriften zu ermitteln und iHv 65% des Einkommens aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt festzusetzen ist. Das von der Klägerin hier allein erzielte Einkommen aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit ist nach [§ 2c Abs 1 Satz 1 BEEG](#) (idF vom 10.09.2012, [BGBl I 1878](#)) der monatlich durchschnittlich zu berücksichtigende Überschuss der Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit in Geld oder Geldeswert über ein Zwölftel des Arbeitnehmer-Pauschbetrags, vermindert um die Abzüge für Steuern und Sozialabgaben nach [§§ 2e](#) und [2f BEEG](#). Grundlage der Ermittlung der Einnahmen sind die Angaben in den für die maßgeblichen Monate erstellten Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers, deren Richtigkeit und Vollständigkeit vermutet wird ([§ 2c Abs 2 BEEG](#)). Grundlage der Ermittlung der nach den [§§ 2e](#) und [2f BEEG](#) erforderlichen Abzugsmerkmale für Steuern und Sozialabgaben sind nach [§ 2c Abs 3 BEEG](#) die Angaben in der Lohn- und Gehaltsbescheinigung, die für den letzten Monat im Bemessungszeitraum mit Einnahmen nach Abs 1 erstellt wurde. Soweit sich in den Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Bemessungszeitraums eine Angabe zu einem Abzugsmerkmal geändert hat, ist die von der Angabe nach Satz 1 abweichende Angabe maßgeblich, wenn sie in der überwiegenden Zahl der Monate des Bemessungszeitraums gegolten hat ([§ 2c Abs 3 Satz 2 BEEG](#)).

Die Klägerin hatte auch ohne Berücksichtigung der Provisionszahlungen ein regelmäßiges monatliches Grundgehalt von mehr als 3.000,00 EUR brutto, so dass in jedem Fall der verminderte Leistungssatz von 65% Anwendung findet. Allerdings hat die Beklagte zu Unrecht die Provisionen iHv insgesamt 6.808,80 EUR im Bemessungszeitraum nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen und damit das Elterngeld zu niedrig festgesetzt. [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) stellt in der hier gemäß der Übergangsvorschrift des [§ 27 Abs 1 Satz 3 BEEG](#) ausdrücklich anwendbaren ab 01.01.2015 geltenden Fassung (Gesetz vom 27.01.2015, [BGBl I 33](#)) darauf ab, dass Einnahmen nicht berücksichtigt werden, die im Lohnsteuerabzugsverfahren nach den lohnsteuerlichen Vorgaben als sonstige Bezüge zu behandeln sind. Damit wird an die lohnsteuerrechtliche Differenzierung zwischen laufendem Arbeitslohn ([§ 39b Abs 2 EStG](#)) und sonstigen Bezügen ([§ 39b Abs 3 EStG](#)) angeknüpft. Dabei werden diese Begriffe in [§ 39b EStG](#) nicht definiert, sondern nur in den LStR in Form von Verwaltungsanweisungen erläutert.

Laufender Arbeitslohn ist nach R 39b.2 Abs 1 der LStR 2014 und 2015 der Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer regelmäßig fortlaufend zufließt, insbesondere: (1.) Monatsgehälter, (2.) Wochen- und Tagelöhne, (3.) Mehrarbeitsvergütungen, (4.) Zuschläge und Zulagen, (5.) geldwerte Vorteile aus der ständigen Überlassung von Dienstwagen zur privaten Nutzung, (6.) Nachzahlungen und Vorauszahlungen, wenn sich diese ausschließlich auf Lohnzahlungszeiträume beziehen, die im Kalenderjahr der Zahlung enden, (7.) Arbeitslohn für Lohnzahlungszeiträume des abgelaufenen Kalenderjahres, der innerhalb der ersten drei Wochen des nachfolgenden Kalenderjahres zufließt.

Ein sonstiger Bezug ist nach R 39b.2 Abs 2 LStR 2014 der Arbeitslohn, der nicht als laufender Arbeitslohn gezahlt wird. Zu den sonstigen Bezügen gehören insbesondere einmalige Arbeitslohnzahlungen, die neben dem laufenden Arbeitslohn gezahlt werden, insbesondere (idF der LStR 2015: zB): (1.) dreizehnte und vierzehnte Monatsgehälter, (2.) einmalige Abfindungen und Entschädigungen, (3.) Gratifikationen und Tantiemen, die nicht fortlaufend gezahlt werden, (4.) Jubiläumszuwendungen, (5.) Urlaubsgelder, die nicht fortlaufend gezahlt werden, und Entschädigungen zur Abgeltung nicht genommenen Urlaubs, (6.) Vergütungen für Erfindungen, (7.) Weihnachtsszuwendungen, (8.) Nachzahlungen und Vorauszahlungen, wenn sich der Gesamtbetrag oder ein Teilbetrag der Nachzahlung oder Vorauszahlung auf Lohnzahlungszeiträume bezieht, die in einem anderen Jahr als dem der Zahlung enden. Nachzahlungen liegen auch vor, wenn Arbeitslohn für Lohnzahlungszeiträume des abgelaufenen Kalenderjahres später als drei Wochen nach Ablauf dieses Jahres zufließt (idF der LStR 2015: , oder, wenn Arbeitslohn für Lohnzahlungszeiträume des abgelaufenen Kalenderjahres später als drei Wochen nach Ablauf dieses Jahres zufließt. In der LStR 2015, gültig ab 01.01.2015, folgen zwei weitere Ziffern: (9.) Ausgleichszahlungen für die in der Arbeitsphase erbrachten Vorleistungen auf Grund eines Altersteilzeitverhältnisses im Blockmodell, das vor Ablauf der vereinbarten Zeit beendet wird, (10.) Zahlungen innerhalb eines Kalenderjahres als viertel- oder halbjährliche Teilbeträge.

Bei der steuerrechtlichen Unterscheidung zwischen laufend gezahltem Arbeitslohn und sonstigen Bezügen geht es nicht um die Frage, ob Lohnsteuer auf laufenden Arbeitslohn oder auf sonstige Bezüge überhaupt zu erheben ist. Steuerpflichtig sind sowohl laufender Arbeitslohn als auch sonstige Bezüge. Vielmehr handelt es sich in erster Linie um Zuordnungsregeln bei der Frage, in welchem Veranlagungszeitraum bestimmte Entgeltkomponenten zu versteuern sind. Zudem ist der Lohnsteuerabzug von sonstigen Bezügen anders geregelt als beim laufenden Arbeitslohn, um schon im Lohnsteuerabzugsverfahren möglichst genau das Jahressteuerergebnis zu treffen (vgl Eisgruber in Kirchhof, EStG, 15. Aufl 2016, § 39b RdNr 11). Im Übrigen ist die lohnsteuerrechtliche Behandlung von Entgeltkomponenten als laufender Arbeitslohn oder sonstige Bezüge im Steuerrecht nicht von gravierender Bedeutung, denn auch wenn es wegen der Steuerprogression zu einem überhöhten Lohnsteuerabzug käme, könnte dieser im Rahmen der Steuerveranlagung (Lohnsteuerjahresausgleich bzw Einkommenssteuererklärung) wieder ausgeglichen und der "Fehler" wieder korrigiert werden.

Zu den Vorgängervorschriften des [§ 2c BEEG](#) hat sich das BSG mehrfach geäußert (vgl Hessisches Landessozialgericht (LSG) 16.10.2015, [L 5 EG 23/14](#), und 27.02.2015, [L 5 EG 15/12](#), juris). Die ursprüngliche Fassung des [§ 2 Abs 7 Satz 2 BEEG](#) lautete: "Sonstige Bezüge iSv [§ 38a Abs 1 Satz 3 EStG](#) werden nicht als Einnahmen berücksichtigt". Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte jeder betreuende Elternteil, der seine Erwerbstätigkeit unterbricht oder reduziert, einen am individuellen Einkommen orientierten Ausgleich für die finanziellen Einschränkungen erhalten ([BT-Drs 16/1889 S 2](#), 15). Einmalige Einnahmen wie zB 13. und 14. Monatsgehälter, Gratifikationen und Weihnachtsszuwendungen, welche die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern nicht mit der gleichen Nachhaltigkeit wie die monatlichen Einnahmen aus Erwerbstätigkeit prägen, sollten unberücksichtigt bleiben ([BT-Drs 16/1889 S 21](#)). Hierzu hat das BSG mit Urteil vom 03.12.2009 ([B 10 EG 3/09 R](#), [BSGE 105, 84](#) = [SozR 4-7837 § 2 Nr 4](#)) entschieden, dass neben einem monatlichen Grundgehalt auch eine Umsatzbeteiligung bei der Berechnung des Elterngelds zu berücksichtigen war. Als laufenden Arbeitslohn hat das BSG dabei regelmäßig wiederkehrende Zahlungen an zumindest zwei Fälligkeitszeitpunkten im Bemessungszeitraum angesehen (BSG 03.12.2009, [aaO](#) und BSG 29.08.2012, [B 10 EG 20/11 R](#), ). Zum 01.01.2011 erhielt [§ 2 Abs 7 Satz 2 BEEG](#) folgenden Wortlaut: "Im Lohnsteuerabzugsverfahren als sonstige Bezüge behandelte Einnahmen werden nicht berücksichtigt". Damit wollte der Gesetzgeber ausdrücklich in Abkehr von der Rechtsprechung des BSG vom 03.12.2009 eine verwaltungspraktikable Feststellbarkeit von sonstigen Bezügen iSd EStG erreichen ([BT-Drs 17/3030 S 48](#)). Mit Urteilen vom 26.03.2014 (ua [B 10 EG 14/13 R](#), [BSGE 115, 198](#) = [SozR 4-7837 § 2 Nr 25](#)) hat das BSG auch zur Neufassung des [§ 2 Abs 7 Satz 2 BEEG](#) daran festgehalten, dass Provisionen als laufender Arbeitslohn bei der Elterngeldberechnung zu

berücksichtigen sind, wenn sie neben dem monatlichen Grundgehalt für kürzere Zeiträume als ein Jahr und damit mehrmals im Jahr nach festgelegten Berechnungstichtagen regelmäßig gezahlt werden. Klargestellt hat es dabei, dass es auf die konkrete Handhabung durch den Arbeitgeber im Lohnsteuerabzugsverfahren nicht ankommen kann. Eine Anknüpfung an die tatsächlich praktizierte Behandlung der Bezüge durch den Arbeitgeber ergebe sich nicht aus dem Gesetzeswortlaut und wäre im Übrigen auch unter Praktikabilitätsabwägungen nicht zu rechtfertigen. Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an und hält an seiner früher vertretenen Auffassung (Senatsurteil vom 09.07.2013, [L 11 EG 167/13](#), juris) insoweit nicht mehr fest. Typisierend ausgehend vom normgemäßen Ablauf der Besteuerung hat das BSG allerdings weitergehend eingeschränkt, dass Einnahmen nur insoweit von der Elterngeldberechnung ausgeschlossen sind, als die steuerrechtlich motivierte Differenzierung auch mit Blick auf den Zweck des Elterngelds sachlich gerechtfertigt ist (BSG 26.03.2014, [aaO](#) RdNr 30 ff). Ausgehend vom Zweck des Elterngelds, die Einkünfte (teilweise) zu ersetzen, die während des letzten wirtschaftlichen Dauerzustands den Lebensstandard der Elterngeldberechtigten geprägt hätten, sei die steuerrechtliche Behandlung bestimmter Einnahmen als sonstige Bezüge nur insoweit ein sachlich gerechtfertigter Anknüpfungspunkt für die Nichtberücksichtigung von Einkommen, als es um Entgeltkomponenten gehe, die dem Arbeitnehmer einmalig oder ausnahmsweise gezahlt würden und dessen wirtschaftliche Situation nicht hinreichend rechtssicher und dauerhaft prägten. Durch regelmäßig mehrmals im Jahr gezahlte Provisionen werde jedoch der Lebensstandard der Elterngeldberechtigten auch dann geprägt, wenn diese nicht jeden Monat sondern etwa quartalsweise zufließen und in der Höhe schwanken.

Zum 18.09.2012 ist [§ 2 Abs 7 Satz 2 BEEG](#) durch [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) (idF vom 10.09.2012, [BGBl I 1878](#)) ersetzt worden mit dem Wortlaut: "Nicht berücksichtigt werden Einnahmen, die im Lohnsteuerabzugsverfahren als sonstige Bezüge behandelt werden". Die im vorliegenden Fall gemäß [§ 27 Abs 1 Satz 3 BEEG](#) maßgebliche Fassung (vom 27.01.2015, [BGBl I 33](#)) lautet: "Nicht berücksichtigt werden Einnahmen, die im Lohnsteuerabzugsverfahren nach den lohnsteuerlichen Vorgaben als sonstige Bezüge zu behandeln sind." Der Gesetzgeber wollte damit erneut klarstellen, dass die Einordnung von Lohn- und Gehaltsbestandteilen als sonstige Bezüge allein nach lohnsteuerlichen Vorgaben ([§ 38a Abs 1 Satz 3 EStG](#), LStR) erfolgen soll, damit die Lohn- und Gehaltsbescheinigungen entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung als aussagekräftige Grundlage der elterngeldrechtlichen Einkommensermittlung zu nutzen sind ([BT-Drs 18/2583 S 24](#)). Ein Auseinanderfallen des lohnsteuerlichen und elterngeldrechtlichen Einkommensbegriffs würde nach den Befürchtungen des Gesetzgebers dazu führen, dass die Festlegungen in den Lohn- und Gehaltsbescheinigungen schon dem Grundsatz nach nicht mehr unmittelbar für die Elterngeldberechnung genutzt werden könnten, was den Verwaltungsaufwand erheblich steigern würde. Richtigerweise nach den lohnsteuerlichen Vorgaben als sonstige Bezüge zu behandelnde Lohn- und Gehaltsbestandteile seien daher auch elterngeldrechtlich als sonstige Bezüge zu behandeln. Dies gelte insbesondere auch für Provisionen ([BT-Drs 18/2583 S 25](#)).

Es bleibt somit auch für die Neufassung dabei, dass es – wie schon zuvor – auf die zutreffende lohnsteuerliche Behandlung der Einnahmen ankommt und eine (widerlegliche) Vermutung für die Richtigkeit der Angaben in den Lohn- und Gehaltsbescheinigungen besteht ([§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#)). Eine Bindung an die Angaben in den Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers besteht entgegen der Auffassung der Beklagten gerade nicht. Eine solche kann auch nicht daraus folgen, dass der Arbeitgeber bei der Ausstellung der entsprechenden Bescheinigungen an allgemein gültige Vorgaben gebunden ist, denn damit steht keineswegs fest, dass die Bescheinigung inhaltlich zutreffend ist. Die Verwaltung muss aufgrund des Amtsermittlungsprinzips gemäß [§ 26 Abs 1 BEEG](#) iVm [§ 20](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) Hinweisen auf eine unrichtige lohnsteuerrechtliche Behandlung durch den Arbeitgeber nachgehen. Die hier erfolgte tatsächliche Behandlung der Provisionen als sonstige Bezüge durch den Arbeitgeber steht deren Berücksichtigung bei der Bemessung des Elterngelds daher nicht entgegen.

Auch nach dieser gesetzgeberischen Klarstellung bleibt indes unklar, wie mit Provisionen zu verfahren ist (ebenso Dau, jurisPR-SozR 12/2015 Anm 1 unter IV.2). Die LStR R 39b.2 Abs 2 erwähnen den Begriff der Provisionen nicht ausdrücklich. Das BSG hat mehrmals im Jahr nach festgelegten Berechnungstichtagen regelmäßig gezahlte Umsatzbeteiligungen als laufenden Arbeitslohn qualifiziert (BSG 26.03.2014, [aaO](#), RdNr 33). Die ab 01.01.2015 neu eingeführte Ziffer 10 in LStR 2015 R 39b.2 Abs 2 mit der Nennung von Zahlungen innerhalb eines Kalenderjahres als viertel- oder halbjährliche Teilbeträge könnte allerdings für eine lohnsteuerliche Beurteilung der hier gezahlten Quartalsprovisionen als sonstige Bezüge sprechen, sofern man diese als vierteljährliche Teilbeträge bezogen auf den Jahreslohn versteht und nicht von Einzelansprüchen ausgeht, die vierteljährlich fällig werden. Dies würde hier dazu führen, dass die im Jahr 2014 fällig gewordenen Provisionsansprüche (April 1.660,00 EUR, Juli 1.859,20 EUR und Oktober 1.759,60 EUR) noch als laufender Arbeitslohn berücksichtigt werden könnten, nicht jedoch die im Januar 2015 erhaltene Zahlung von 1.530,00 EUR.

Damit käme jedoch den LStR, bei denen es sich lediglich um norminterpretierende Steuerrichtlinien ohne Rechtsnormqualität handelt (Bundesfinanzhof (BFH)04.05.2006, [VI R 28/05](#), [BFHE 213, 484](#); BFH 12.11.2009, [VI R 20/07](#), [BFHE 227, 435](#)), die für die Elterngeldstellen und die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit nicht bindend sind, eine direkte normative Wirkung für die Höhe des Elterngeldanspruchs zu. Aufgrund der Verweisung letztlich auf Verwaltungsvorschriften für die Klärung des Begriffes "sonstige Bezüge" im Elterngeldrecht bleibt es dabei, dass es bei der Auslegung des [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) (wie zuvor im Rahmen des [§ 2 Abs 7 Satz 2 BEEG](#) aF) darauf ankommt, ob die steuerrechtlich motivierte Differenzierung zwischen laufenden Bezügen und sonstigem Arbeitslohn auch mit Blick auf den Zweck des Elterngeldes sachlich gerechtfertigt ist (vgl BSG 26.03.2014, [aaO](#)). Die Argumentation des BSG, dass es an einem sachlich gerechtfertigten Anknüpfungspunkt für die Nichtberücksichtigung von Quartalsprovisionen in der Elterngeldberechnung fehlt, gilt auch weiterhin.

Hinzu kommt, dass auch die Regelungstechnik des Gesetzgebers, die Höhe des Elterngeldanspruchs durch eine dynamische Verweisung auf Verwaltungsvorschriften der Exekutive zu regeln, verfassungsrechtlich bedenklich ist. Es steht dem Gesetzgeber zweifellos frei, typisierend festzulegen, welche Einkünfte als prägend für den letzten wirtschaftlichen Dauerzustand der Elterngeldberechtigten vor der Geburt des Kindes angesehen werden sollen (dazu SG München, 10.05.2006, [S 37 EG 90/15](#), juris). Ob es mit [Art 3 Abs 1](#) iVm [Art 6 Abs 1 GG](#) vereinbar wäre, mehrmals im Jahr gezahlte Provisionen gänzlich außer Betracht zu lassen für die Elterngeldberechnung, bedarf dabei vorliegend keiner Entscheidung. Denn jedenfalls muss der Gesetzgeber die Höhe des Elterngeldanspruchs nach dem das gesamte Sozialrecht prägenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (vgl [§ 31](#) Sozialgesetzbuch Erstes Buch) als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ([Art 20 Abs 3](#), [Art 28 Abs 1 GG](#)) selbst regeln. Im Falle einer dynamischen Verweisung auf Verwaltungsvorschriften fände Rechtssetzung außerhalb des Einflussbereichs des legitimierten Rechtssetzungsorgans statt, es handelte sich dann um eine versteckte Verlagerung von Gesetzgebungsbefugnissen (vgl dazu BVerfG 01.03.1978, [1 BvR 786/70](#) ua, [BVerfGE 47, 285](#); BVerfG 25.02.1988, [2 BvL 26/84](#), [BVerfGE 78, 32](#); BVerfG 26.01.2007, [2 BvR 2408/06](#), [BVerfGK 10, 227](#)), wollte man beispielsweise die Änderungen der LStR zum 01.01.2015 für die Elterngeldberechnung uneingeschränkt anwenden.

Die Beklagte hat daher bei der Elterngeldberechnung neben dem monatlich gezahlten laufenden Einkommen auch die Quartalsprovisionen iHv insgesamt 6.808,80 EUR zu berücksichtigen. Nach der von der Beklagten dem SG vorgelegten Probeberechnung (SG-Akte Blatt 84 bis 90) führt dies zu einem Elterngeldanspruch der Klägerin für den 2. Lebensmonat von T iHv 186,52 EUR und für die Lebensmonate 3 bis 12 iHv jeweils 1.398,92 EUR.

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

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen ([§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2016-12-28