

L 11 EG 2516/16

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

11

1. Instanz

SG Karlsruhe (BWB)

Aktenzeichen

S 5 EG 3618/15

Datum

23.05.2016

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 11 EG 2516/16

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: 20.08.2015) 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.)

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 23.05.2016 aufgehoben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheids vom 21.09.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06.10.2015 verurteilt, der Klägerin Elterngeld für die Zeit vom 20.08.2015 bis 19.11.2016 unter Berücksichtigung zusätzlicher Einnahmen iHv 10.516,98 EUR zu zahlen.

Die Beklagte erstattet die außergerichtlichen Kosten der Klägerin in beiden Rechtszügen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Höhe des Anspruchs auf Elterngeld.

Die 1984 geborene Klägerin ist verheiratet und Mutter des 2013 geborenen H. sowie des am 2015 geborenen M. (im Folgenden: M). Sie ist seit 01.04.2014 als angestellte Zahnärztin beschäftigt. Nach § 4 des Anstellungsvertrags erhält sie ein umsatzorientiertes Gehalt von 27% vom erzielten zahnärztlichen Honorar (ohne Laborumsatz), mindestens jedoch 2.000 EUR. Die Abrechnung erfolgt quartalsweise. Als Abschlag wird monatlich eine Zahlung von 2.000 EUR vereinbart. Wenn sich die wöchentliche Arbeitszeit (von anfangs 25 Wochenstunden) erhöht, wird der monatliche Abschlag nach Absprache ebenfalls angepasst. Auf dieser Grundlage erhielt die Klägerin monatliches Bruttogehalt für Juli und August 2014 iHv 2.000 EUR, für September bis Dezember 2014 iHv 2.800 EUR und für Januar bis Juni 2015 (bei Bestehen eines Beschäftigungsverbots) iHv 4.213,18 EUR. Außerdem erfolgten quartalsweise Nachzahlungen mit den Gehaltszahlungen für September 2014 iHv 6.277,45 EUR und Januar 2015 iHv 4.239,53 EUR. Mutterschaftsgeld iHv 13 EUR und einen Arbeitgeberzuschuss hierzu iHv 71,04 EUR kalendertäglich erhielt die Klägerin in der Zeit vom 05.07. bis 15.10.2015. In der Zeit nach der Geburt von M erhielt sie nach eigenen Angaben keine Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit.

Auf Antrag vom 02.09.2015 bewilligte die Beklagte der Klägerin mit Bescheid vom 21.09.2015 Basiselterngeld für den 1. Lebensmonat von M iHv 0 EUR, für den 2. Lebensmonat iHv 190,01 EUR, für die Lebensmonate 3 bis 9 iHv jeweils 1.425,09 EUR sowie Elterngeld Plus für die Lebensmonate 10 bis 11 iHv 712,55 EUR und für die Lebensmonate 12 bis 15 iHv 647,77 EUR (Wegfall des Geschwisterbonus). Hierbei rechnete die Beklagte für die ersten beiden Lebensmonate Mutterschaftsgeld und Arbeitgeberzuschuss hierzu auf das Elterngeld an. Bei der Einkommensermittlung legte sie im Bemessungszeitraum 01.07.2014 bis 30.06.2015 das laufend gezahlte Gehalt aus der Beschäftigung (insgesamt 40.479,08 EUR), nicht jedoch die mit dem Gehalt für September 2014 und Januar 2015 ausgezahlten Umsatzbeteiligungen zugrunde.

Mit Widerspruch vom 25.09.2015 machte die Klägerin geltend, nach dem Anstellungsvertrag sei ihr gesamtes Gehalt "umsatzbeteiligt". Die nachgezählten Umsatzbeteiligungen müssten daher bei der Bemessung des Elterngelds Berücksichtigung finden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 06.10.2015 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie aus, maßgebend seien die Einkünfte im Bemessungszeitraum 01.07.2014 bis 30.06.2015. Bei den 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). Nach den vorliegenden Gehaltsabrechnungen habe die Klägerin folgende Leistungen als sonstige Bezüge nach [§ 38a Abs 1 Satz 3](#) und [§ 39b](#) Einkommenssteuergesetz (EStG) erhalten, die auch vom Arbeitgeber als solche behandelt worden seien: Umsatzbeteiligungen September 2014 iHv 6.277,45 EUR und Januar 2015 iHv 4.239,53 EUR. Für die Zeit ab 01.01.2015 sei maßgeblich für die Frage der Nichtanrechnung von sonstigen Bezügen allein die steuerliche Behandlung nach den lohnsteuerlichen Vorgaben durch den Arbeitgeber. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 26.03.2014 sei auf die ab 01.01.2015 geltende Fassung des [§ 2c](#) Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) nicht mehr anwendbar.

Hiergegen richtet sich die am 06.11.2015 zum Sozialgericht Karlsruhe (SG) erhobene Klage. Die Klägerin weist darauf hin, dass die Abrechnungen ihres Arbeitgebers mit der Kassenzahnärztlichen Vereinigung quartalsweise erfolgten. Erst wenn der Umsatz bezüglich der Kassenpatienten feststehe, könne auch ihre Umsatzbeteiligung ermittelt werden. Es liege daher an branchenspezifischen Besonderheiten, dass die Provision nicht monatlich, sondern in vierteljährlichem Abstand gezahlt werde. Gleichwohl hätten die Umsatzbeteiligungen ihren Lebensstandard vor der Geburt des Kindes nachhaltig geprägt. Das Elterngeld solle als Entgeltersatzleistung dazu dienen, diesen Standard zu sichern. Blieben die Umsatzbeteiligungen außer Betracht, würde die Klägerin gegenüber solchen Arbeitnehmern ohne rechtfertigenden Grund benachteiligt, die ihr Arbeitsentgelt monatlich erhielten. Zwar sollten nach der Vorstellung des Gesetzgebers sonstige Bezüge aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung bei der Bemessung des Elterngelds unberücksichtigt bleiben. Vorliegend seien die Abrechnungen der Umsatzbeteiligungen aber transparent, sie führten zu keinen gesteigerten Schwierigkeiten bei der Berechnung des Elterngelds.

Die Beklagte ist dem entgegen getreten und hat ausgeführt, es widerspräche der vom Gesetzgeber beabsichtigten Verwaltungsvereinfachung, wenn die Beklagte jeweils prüfen müsse, ob die steuerrechtliche Behandlung von Entgeltbestandteilen durch den Arbeitgeber zutrefte. Hier habe der Arbeitgeber die beiden Umsatzbeteiligungen mit dem Zusatz "S" (= sonstiger Bezug) gekennzeichnet. Dies dürfte im Übrigen richtig sein, denn laut Anstellungsvertrag habe die Umsatzbeteiligung quartalsweise abgerechnet werden sollen.

Mit Urteil vom 23.05.2016 hat das SG die Klage abgewiesen. Die Beklagte habe zu Recht die beiden Umsatzbeteiligungen iHv 6.277,45 EUR und 4.239,53 EUR nicht berücksichtigt. Einnahmen, die im Lohnsteuerabzugsverfahren nach den lohnsteuerlichen Vorgaben als sonstige Bezüge zu behandeln seien, würden nicht berücksichtigt ([§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#)). Dabei seien die Lohnabrechnungen durch den Arbeitgeber nicht bindend, maßgeblich sei die materielle Rechtslage. Mit dem Abstellen auf die lohnsteuerlichen Vorgaben solle nach dem Willen des Gesetzgebers verhindert werden, dass der Begriff des Einkommens im Elterngeldrecht und im Lohnsteuerrecht auseinanderfalle (unter Hinweis auf [BT-Drs 18/2583 S 25](#)). Sei eine Einnahme lohnsteuerlich als sonstiger Bezug zu werten, gelte diese Wertung zwingend auch im Elterngeldrecht. Es komme nicht – mehr – darauf an, ob die steuerrechtlich motivierte Differenzierung auch mit Blick auf den Zweck des Elterngelds sachlich gerechtfertigt sei (so noch BSG 26.03.2014, [B 10 EG 14/13 R](#), [BSGE 115, 198](#) RdNr 30). Diese Einschränkung würde im Ergebnis zu einem eigenständigen Begriff des Einkommens im Elterngeldrecht führen entgegen dem Willen des Gesetzgebers. Die richterliche Auslegung einer Norm dürfe nicht das Ziel des Gesetzgebers in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder gar verfälschen. Ein sonstiger Bezug sei nach der Legaldefinition des [§ 38a Abs 1 Satz 3 EStG](#) Arbeitslohn, der nicht als laufender Arbeitslohn gezahlt werde. Welche Einnahmen nach den lohnsteuerlichen Vorgaben als sonstige Bezüge zu berücksichtigen seien, richte sich in erster Linie nach den Lohnsteuerrichtlinien (LStR). Dazu gehörten danach insbesondere einmalige Arbeitslohnzahlungen, die neben dem laufenden Arbeitslohn gezahlt werden zB Zahlungen innerhalb eines Kalenderjahres als viertel- oder halbjährliche Teilbeträge (R 39b.2 Abs 2 Nr 10 LStR 2015). Hierunter ließen sich die beiden Umsatzbeteiligungen subsumieren.

Gegen das ihrer Bevollmächtigten am 01.06.2016 zugestellte Urteil richtet sich die am 01.07.2016 eingelegte Berufung der Klägerin. Das SG setze sich nicht damit auseinander, dass die Nichtberücksichtigung der Quartalszahlungen willkürlich sei und die Klägerin im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern durch Zufall von der Berücksichtigung ausgeschlossen sei. Hierin sei ein Verstoß gegen [Art 3 Abs 1 Grundgesetz \(GG\)](#) zu sehen. Die Besonderheiten des Lohnsteuerabzugsverfahrens widersprächen in diesem Fall dem Sinn und Zweck des Elterngeldes, da die Umsatzprovisionen den Lebensstandard der Klägerin nachhaltig geprägt hätten. Insgesamt ergebe sich durch die fehlende Berücksichtigung der Umsatzprovisionen eine Minderleistung iHv 3.929,45 EUR, dies entspreche 26,37% weniger Elterngeld. Hätte die Klägerin zufällig eine monatliche Akontozahlung auf die Provisionen vereinbart, wäre die Berücksichtigung nicht ausgeschlossen. Die Willkür des Gesetzgebers sei evident.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 23.05.2016 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheids vom 21.09.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06.10.2015 zu verurteilen, der Klägerin Elterngeld für die Zeit vom 20.08.2015 bis 19.11.2016 unter Berücksichtigung zusätzlicher Einnahmen iHv 6.277,45 EUR und 4.239,53 EUR zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das SG habe den Willen des Gesetzgebers nach zwei Gesetzesänderungen aufgrund der Entscheidungen des BSG zu dieser Frage richtig erkannt. Auch die Lohnsteuerrichtlinie sei in dieser Frage eindeutig (R 39b.2 Abs 2 Nr 10).

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 Klägerin ist zulässig und in der Sache auch begründet. Der angefochtene Bescheid vom 21.09.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06.10.2015 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten, denn sie hat einen Anspruch auf Elterngeld unter Berücksichtigung der gezahlten Quartalsprovisionen iHv insgesamt 10.516,98 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 2015 geborenen M 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 in der Fassung vom 27.01.2015, [BGBl I 33](#)). 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 27.01.2015, [BGBl I 33](#)) 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 fällt der Monat Juli 2015 nicht mit in den Bemessungszeitraum, da die Klägerin ab dem 05.07.2015 Mutterschaftsgeld bezogen hat. Das bestehende Beschäftigungsverbot ab Januar 2015 nach [§ 4](#) Mutterschutzgesetz führt dagegen gemäß [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 2 BEEG](#) nicht zur einer Verschiebung des Bemessungszeitraums. Damit reicht der Bemessungszeitraum vom 01.07.2014 bis 30.06.2015, 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 BEEG](#) (idF vom 27.01.2015, [BGBl I 33](#)) 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 Gehalt 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 10.516,98 EUR im Bemessungszeitraum nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen und damit das Elterngeld zu niedrig festgesetzt. [§ 2c Abs 1 Satz 2 BEEG](#) stellt in der ab 01.01.2015 geltenden Fassung 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 laufendem 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 Weihnachtzuwendungen, 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 Praktikabilitätserwägungen 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). Aufgrund des Beschäftigungsverbots ist der Klägerin ab Januar 2015 auf der Basis der zuletzt erzielten Quartalsprovision ein laufendes monatliches Gehalt von 4.213,18 EUR brutto bis einschließlich Juni 2015 gezahlt worden (2.800 EUR + 1/3 von 4.293,53 EUR), so dass tatsächlich vom Arbeitgeber im Bemessungszeitraum nur zweimalig Quartalsprovisionen ausgezahlt wurden, nämlich mit den Gehaltsabrechnungen für September 2014 und Januar 2015. 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 von 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 der im Jahr 2014 fällig gewordene Provisionsanspruch iHv 6.277,45 EUR noch als laufender Arbeitslohn berücksichtigt werden könnte, nicht jedoch die im Januar 2015 erhaltene Zahlung von 4.239,53 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 10.516,98 EUR zu berücksichtigen.

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