

---

## S 49 EG 14/17

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

|               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Land          | Freistaat Bayern                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| Sozialgericht | Bayerisches Landessozialgericht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Sachgebiet    | Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| Abteilung     | 9                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Kategorie     | Urteil                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Bemerkung     | -                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Rechtskraft   | -                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Deskriptoren  | Elterngeld<br>Höhe der Leistung<br>Provisionen<br>sonstige Bezüge                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Leitsätze     | 1. Der Senat schließt sich den BSG-Urteilen vom 14.12.2017 -Az. <a href="#">B 10 EG 4/17 R</a> und <a href="#">B 10 EG 7/17 R</a> - im Hinblick auf die materiell-rechtliche Abgrenzung des laufenden Arbeitslohns von sonstigen Bezügen vollumfänglich an.<br>2. Diese Rechtsprechung verstößt auch vor dem Hintergrund nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, dass selbstständig Erwerbstätige anders als Arbeitnehmer von vornherein keine sonstigen Bezüge haben können. |
| Normenkette   | <a href="#">BEEG § 2c Abs. 1 Satz 2</a><br><a href="#">EStG § 38a</a><br><a href="#">GG Art. 3 Abs 1</a>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |

#### 1. Instanz

|              |               |
|--------------|---------------|
| Aktenzeichen | S 49 EG 14/17 |
| Datum        | 19.10.2018    |

#### 2. Instanz

|              |              |
|--------------|--------------|
| Aktenzeichen | L 9 EG 44/18 |
| Datum        | 30.04.2019   |

#### 3. Instanz

|       |   |
|-------|---|
| Datum | - |
|-------|---|

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 19. Oktober 2018 wird zurückgewiesen.

---

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Rechtsstreit betrifft das Begehren der Klägerin, für Betreuung und Erziehung ihres Sohnes L. A., geb. 26.09.2016, höheres Elterngeld nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) zu erhalten.

Die Klägerin ist 1988 geboren. Mit L.s Vater war sie im Elterngeld-Bezugszeitraum verheiratet und lebte mit diesem in einem gemeinsamen Haushalt. Neben L. gehörte dem Haushalt der Eltern damals kein weiteres Kind an.

Vor L.s Geburt stand die Klägerin in einem Beschäftigungsverhältnis mit der I. GmbH. Laut Anstellungsvertrag war sie zum 01.02.2016 als Sachbearbeiterin "Projektentwicklung" mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 24 Stunden eingestellt worden. Als Vergütung vereinbarte man ein monatliches Fixum von brutto 1.000 EUR, zahlbar am Ende eines jeden Monats. Zusätzlich standen ihr fixe Provisionszahlungen aus dem Projekt "Discounter Markt G-Stadt" zu: bei Abschluss eines Mietvertrags für die Discounterflächen zwei Nettomonatsmieten, bei Abschluss eines Mietvertrags für die Backereifläche zwei Monatsmieten, bei Erteilung der Baugenehmigung ein Betrag von 15.000 EUR. Die Klägerin hatte schon vor dem 01.02.2016 bei der GmbH auf geringfügiger Basis gearbeitet.

Am 06.10.2016 beantragte die Klägerin die Gewährung von Elterngeld für Betreuung und Erziehung von L. in dessen Lebensmonaten eins bis zwölf (26.09.2016 bis 25.09.2017). Sie legte in diesem Zusammenhang Lohn- und Gehaltsabrechnungen der GmbH für die Monate September 2015 bis einschließlich Januar 2016 vor, die allesamt jeweils ein Gehalt von 460 EUR auswiesen. In weiteren Lohn- und Gehaltsabrechnungen der GmbH für die Monate Februar bis einschließlich August 2016 war jeweils ein Gehalt von 1.000 EUR dokumentiert. Provisionen wurden, versehen mit der Kennzeichnung EBZ, im Monat April 2016 in Höhe von 15.000 EUR, im Monat Juni 2016 in Höhe von 31.501 EUR und im Monat Juli 2016 in Höhe von 7.000 EUR angegeben.

Zudem reichte die Klägerin Bezugsabrechnungen der Firma H. AG für den Zeitraum September 2015 bis einschließlich August 2016, außer Dezember 2015, ein; folgende "Aushilfslöhne" wurden bescheinigt:

â€ September 2015 400,00 EUR

â€ Oktober 2015 400,00 EUR

â€ November 2015 400,00 EUR

â€ Januar 2016 200,00 EUR

â€ Februar 2016 124,00 EUR

â€ März 2016 100,00 EUR

â€ April 2016 400,00 EUR

â€ Mai 2016 316,00 EUR

â€ Juni 2016 252,00 EUR

---

â€ Juli 2016 312,00 EUR  
â€ August 2016 288,00 EUR.

Mit Bescheid vom 24.11.2016 bewilligte der Beklagte der Klägerin Elterngeld antragsgem  für L.s Lebensmonate eins bis zwölf. Die monatlichen Leistungen betrugen im ersten Lebensmonat null, im zweiten 80,68 EUR und in den weiteren jeweils 625,33 EUR. Als Bemessungszeitraum zog der Beklagte den Zeitraum September 2015 bis August 2016 heran. In jedem der zwölf Monate des Bemessungszeitraums setzte er als zu berücksichtigendes Einkommen aus nichtselbständiger Erwerbstätigkeit genau den Betrag an, den die beiden Arbeitgeberinnen der Klägerin in den Verdienstbescheinigungen angegeben hatten. Lediglich die Provisionszahlungen durch die GmbH blieben außen vor. Nach Abzug des Arbeitnehmer-Pauschbetrags von 83,33 EUR pro Monat ergab sich für das Einkommen aus nichtselbständiger Erwerbstätigkeit eine Summe von 11.892,04 EUR. Der Beklagte kam auf ein monatliches Elterngeld-Brutto von 991,00 EUR, woraus er wiederum ein Elterngeld-Netto von monatlich 828,25 EUR errechnete; darauf wandte er einen Leistungssatz von 75,5% an.

Gegen den Bewilligungsbescheid legte die Klägerin am 22.12.2016 Widerspruch ein. Sie verlangte die Berücksichtigung der Provisionszahlungen beim Bemessungseinkommen. Zur Begründung verwies sie auf die einsch gigen BSG-Urteile vom 26.03.2014.

Mit Widerspruchsbescheid vom 11.01.2017 wies der Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Er wies darauf hin, die BSG-Urteile vom 26.03.2014 seien zum alten Recht ergangen. Die GmbH habe die Provisionszahlungen in den Lohn- und Gehaltsabrechnungen als sonstige Bezüge ausgewiesen. Deren Vollständigkeit und Richtigkeit werde vermutet.

Am 13.02.2017 hat die Klägerin beim Sozialgericht München Klage erhoben. Das Klageverfahren ist zunächst zum Ruhen gebracht worden. Als das Bundessozialgericht (BSG) die beiden Urteile vom 14.12.2017 â€ [B 10 EG 4/17 R](#) und [B 10 EG 7/17 R](#) erlassen hatte, ist das Verfahren fortgesetzt worden. Die Klägerin hat die Klage nicht zurücknehmen wollen, weil ihrer Ansicht nach das BSG auf der Ebene des Verfassungsrechts die unterschiedliche Behandlung von nichtselbständig Erwerbstätigen und Selbständigen nicht in seine Überlegungen einbezogen hatte.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 19.10.2018 abgewiesen. In der Begründung hat es sich auf die BSG-Urteile vom 14.12.2017 bezogen.

Dagegen hat die Klägerin am 27.11.2018 Berufung eingelegt. Sie trägt vor, das Sozialgericht habe sich mit der ihrer Ansicht nach verfassungswidrigen Ungleichbehandlung von Einkünften aus selbständiger Tätigkeit und aus abhängiger Beschäftigung nicht befasst.

Die Klägerin beantragt,  
das Urteil des Sozialgerichts München vom 19.10.2018 aufzuheben und den

---

Beklagten unter AbÄnderung des Bescheids vom 24.11.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.01.2017 zu verurteilen, Elterngeld in der HÄhe zu gewÄhren, die sich ergibt, wenn bei der Ermittlung des Elterngeld-Brutto die im April, Juni und Juli 2016 verdienten Provisionen berÄcksichtigt werden.

Der Beklagte beantragt,  
die Berufung zurÄckzuweisen.

Er hÄlt das Urteil des Sozialgerichts fÄr zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakten und die Verwaltungsakten des Beklagten verwiesen. Die Akten haben vorgelegen, sind als Streit-stoff in das Verfahren eingefÄhrt worden und Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen.

EntscheidungsgrÄnde:

Die zulÄssige Berufung der KlÄgerin bleibt ohne Erfolg. Zurecht hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen.

Streitgegenstand der hier vorliegenden kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage ist die HÄhe des Elterngelds fÄr den ersten bis zwÄlfsten Lebensmonat des Sohnes L. Die Anfechtungsklage richtet sich gegen den Bewilligungsbescheid vom 24.11.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.01.2017. Bei dem hier vorliegenden HÄhenstreit ist der Streitgegenstand grundsÄtzlich nicht auf ein einzelnes Berechnungselement beschrÄnkt. Vielmehr prÄft der Senat innerhalb der Grenzen des klÄgerischen Antrags unter allen tatsÄchlichen und rechtlichen Facetten, ob der KlÄgerin hÄhere Leistungen zustehen. Andererseits berÄcksichtigt der Senat auch solche Aspekte, die das von der KlÄgerin begehrte Optimum auf anderem Weg wieder reduzieren.

Die Voraussetzungen fÄr die Entstehung eines Anspruchs dem Grunde nach liegen unzweifelhaft vor. Dies ergibt sich aus [Ä§ 1 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) in der seit 01.01.2015 geltenden Fassung. Danach hat Anspruch auf Elterngeld, wer

1. einen Wohnsitz oder seinen gewÄhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat,
2. mit seinem Kind in einem Haushalt lebt,
3. dieses Kind selbst betreut und erzieht und
4. keine oder keine volle ErwerbstÄtigkeit ausÄbt.

Alle diese Voraussetzungen erfÄllte die KlÄgerin. Sie hatte wÄhrend des gesamten Bezugszeitraums ihren Wohnsitz und gewÄhnlichen Aufenthalt in Deutschland, lebte mit L. in einem Haushalt, betreute und erzog ihn selbst und Äbte entsprechend ihrer AnkÄndigung im Elterngeldantrag wÄhrend des Bezugszeitraums keine ErwerbstÄtigkeit aus. Ein ordnungsgemÄer Antrag lag vor. Der Ausschlusstatbestand des [Ä§ 1 Abs. 8 BEEG](#) ist nicht erfÄllt, weil das zu versteuernde Einkommen beider Elternteile zusammen im letzten abgeschlossenen Veranlagungszeitraum vor der Geburt unter 500.000 EUR blieb.

---

Entgegen der Ansicht der Klägerin hat der Beklagte die Höhe des Elterngelds zutreffend festgesetzt. Die Basisnorm für die Bemessung des Elterngelds ist [Â§ 2 Abs. 1 und 2 BEEG](#). Soweit für den vorliegenden Fall von Bedeutung, lauten diese Regelungen wie folgt:

(1) 1 Elterngeld wird in Höhe von 67 Prozent des Einkommens aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt des Kindes gewährt. 2 Es wird bis zu einem Höchstbetrag von 1 800 Euro monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechtigte Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat. 3 Das Einkommen aus Erwerbstätigkeit errechnet sich nach Maßgabe der Â§Â§ 2c bis 2f aus der um die Abzüge für Steuern und Sozialabgaben verminderten Summe der positiven Einkünfte aus

1. nichtselbständiger Arbeit nach [Â§ 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4](#) des Einkommensteuergesetzes sowie

2. â€¦,

die im Inland zu versteuern sind und die die berechtigte Person durchschnittlich monatlich im Bemessungszeitraum nach Â§ 2b â€¦ hat.

(2) â€¦ 2 In den Fällen, in denen das Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt höher als 1 200 Euro war, sinkt der Prozentsatz von 67 Prozent um 0,1 Prozentpunkte für je 2 Euro, um die dieses Einkommen den Betrag von 1 200 Euro überschreitet, auf bis zu 65 Prozent.

Eine zeitliche Spezifizierung des Normteils "vor der Geburt des Kindes" erfolgt in [Â§ 2b Abs. 1 Satz 1 BEEG](#). Danach sind für die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbständiger Erwerbstätigkeit vor der Geburt die zwölf Kalendermonate vor dem Monat der Geburt des Kindes maßgeblich. Im Fall der Klägerin, die nur Einkommen aus nichtselbständiger Erwerbstätigkeit bezog, handelt es sich um die zwölf Kalendermonate vor September 2016. Eine Verschiebung des Bemessungszeitraums gemäß [Â§ 2b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BEEG](#) in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung fand nicht statt. Denn die Klägerin hatte sich im Sinn von [Â§ 3 Abs. 2 Halbsatz 1](#) des Mutterschutzgesetzes in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung ausdrücklich zur Arbeitsleistung bereit erklärt; folglich lag kein Beschäftigungsverbot vor. Auch hatte sie kein Mutterschaftsgeld bezogen. Damit hat der Beklagte mit den Monaten September 2015 bis August 2016 den zutreffenden Bemessungszeitraum herangezogen.

Die maßgebenden Regelungen zur Ermittlung der monatlichen Bemessungsgrundlage für das Elterngeld trifft [Â§ 2c Abs. 1, 2 BEEG](#):

(1) 1 Der monatlich durchschnittlich zu berücksichtigende Überschuss der Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit in Geld oder Geldeswert über ein Zwölftel des Arbeitnehmer-Pauschbetrags, vermindert um die Abzüge für Steuern und Sozialabgaben nach den Â§Â§ 2e und 2f, ergibt das Einkommen aus nichtselbständiger Erwerbstätigkeit. 2 Nicht berücksichtigt werden Einnahmen, die im Lohnsteuerabzugsverfahren als sonstige Bezüge behandelt werden â€¦

(2) Grundlage der Ermittlung der Einnahmen sind die Angaben in den für die maßgeblichen Monate erstellten Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers.

---

Zutreffend hat der Beklagte die im Bemessungszeitraum dreimal angefallenen Provisionszahlungen als sonstige Bez<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ge im Sinn von [Â§ 2c Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) eingestuft und sie demgem<sup>1</sup>/<sub>4</sub> nicht den zu ber<sup>1</sup>/<sub>4</sub>cksichtigenden Einnahmen aus nichtselbst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndiger Arbeit zugeordnet. [Â§ 2c Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) ist zum 01.01.2015 neu gefasst worden und in dieser Fassung f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r den vorliegenden Fall einschli<sup>1</sup>/<sub>4</sub>sig. Mit dem Elterngeld-Plus-Gesetz hat der Gesetzgeber den bis 31.12.2014 geltenden [Â§ 2c Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) "Nicht ber<sup>1</sup>/<sub>4</sub>cksichtigt werden Einnahmen, die im Lohnsteuerabzugsverfahren als sonstige Bez<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ge behandelt werden" ersetzt durch die Formulierung "Nicht ber<sup>1</sup>/<sub>4</sub>cksichtigt werden Einnahmen, die im Lohnsteuerabzugsverfahren nach lohnsteuerrechtlichen Vorgaben als sonstige Bez<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ge zu behandeln sind".

Mit dieser Neuregelung geht eine grundlegend ver<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nderte BSG-Rechtsprechung einher. Das BSG hat die Kriterien f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r die Qualifizierung von Zufl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ssen als sonstige Bez<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ge im Sinn von [Â§ 2c Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) in zwei Urteilen vom 14.12.2017 ([B 10 EG 4/17 R](#) und [B 10 EG 7/17 R](#)) neu definiert, und zwar in einer Weise, die von der bis dahin geltenden BSG-Rechtsprechung massiv abweicht. Vorher war die BSG-Rechtsprechung dadurch gekennzeichnet, dass die Einordnung als laufender Arbeitslohn letztlich davon abh<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ngen sollte, ob ein bestimmter Entgeltbestandteil die Einkommens- und Lebensverh<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ltnisse der Betroffenen pr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>gte. Das einkommensteuerrechtliche Ergebnis war grunds<sup>1</sup>/<sub>4</sub>tlich offen f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r eine spezifisch elterngeldrechtliche Modifikation. Es wurde daraufhin gepr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ft, ob es elterngeldrechtlich gerechtfertigt war.

Mit seiner neuen Rechtsprechung hat das BSG jedem elterngeldrechtlichen Sonderweg eine Absage erteilt. Untrennbar verkn<sup>1</sup>/<sub>4</sub>pft und begr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndet hat es seine neue Linie mit der ab 01.01.2015 ge<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nderten Fassung von [Â§ 2c Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) (vgl. nur Urteil vom 14.12.2017 â<sup>1</sup>/<sub>4</sub> [B 10 EG 7/17 R](#), Rn. 25 a.E.: "Unter der neuen Gesetzesfassung â<sup>1</sup>/<sub>4</sub>"), was die bisherige Rechtsprechung nicht als von Anfang an falsch, sondern quasi durch nachtr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>glichen Eintritt ver<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nderter rechtlicher Rahmenbedingungen hinf<sup>1</sup>/<sub>4</sub>llig erscheinen l<sup>1</sup>/<sub>4</sub>sst.

Kernelement der neuen Rechtsprechung ist eine abstrakte definitorische Abgrenzung der Begriffe laufender Arbeitslohn und sonstige Bez<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ge. Dabei vermeidet das BSG anders als bisher jeglichen elterngeldrechtlichen Einschlag. Vielmehr nimmt es eine Auslegung allein auf der einkommensteuerrechtlichen Ebene vor; es interpretiert die Begriffe in ihrem Kontext in [Â§ 38a](#) des Einkommensteuergesetzes. Das entscheidende Abgrenzungskriterium sieht das BSG in der Eigenschaft "fortlaufend" (vgl. nur Urteil vom 14.12.2017 â<sup>1</sup>/<sub>4</sub> [B 10 EG 7/17 R](#), Rn. 27). Den fortlaufenden Charakter einer Zahlung bejaht das BSG im Wesentlichen nur dann, wenn diese im regul<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ren, dem Arbeitsverh<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ltnis zugrundeliegenden Zahlungsturnus â<sup>1</sup>/<sub>4</sub> zumeist also monatlich â<sup>1</sup>/<sub>4</sub> erfolgt; allenfalls unwesentliche Abweichungen von den regul<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ren Zahlungsintervallen sollen unsch<sup>1</sup>/<sub>4</sub>dlich sein (vgl. Urteil vom 14.12.2017 â<sup>1</sup>/<sub>4</sub> [B 10 EG 7/17 R](#), Rn. 31). Neben dem regul<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ren Zahlungsturnus kann es keinen zweiten mit gr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>l<sup>1</sup>/<sub>4</sub>eren Intervallen geben, der ebenfalls die Eigenschaft "fortlaufend" vermitteln k<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nnnte (vgl. Urteil vom 14.12.2017 â<sup>1</sup>/<sub>4</sub> [B 10 EG 7/17 R](#), Rn. 32).



---

Allein die Zahlungsweise im regulären Turnus macht Zuflüsse jedoch noch nicht automatisch zu laufendem Arbeitslohn. Vielmehr hat das BSG die materiell-rechtliche Abgrenzung unter Berufung auf eine Kommentierung von Stache in Bordewin/Brandt, Kommentar zum Einkommensteuergesetz (§ 38a Rn. 33, Stand der Einzelkommentierung August 2017), dahin formuliert, einen sonstigen Bezug stellen Zahlungen dar, die entweder nicht für bestimmte, aufeinanderfolgende Zeiträume erfolgten oder solche, die den üblichen Lohnzahlungszeitraum erheblich überschreiten würden (Urteil vom 14.12.2017 – [B 10 EG 7/17 R](#), Rn. 31). Neben dem formalen Abstellen auf den Auszahlungsturnus – dieser Gesichtspunkt war in den beiden BSG-Urteilen Ausschlag gebend – existiert für das Vorliegen von laufendem Arbeitslohn also ein kumulatives Erfordernis einer spezifischen Zweckbestimmung der Zahlungen. Die neue BSG-Rechtsprechung verneint unter Rekurs auf die o.g. Kommentierung von Stache laufenden Arbeitslohn nämlich auch dann, wenn ein Bezug nicht für bestimmte aufeinanderfolgende Zeiträume gezahlt wird – die Präposition "für" steht hier sicher nicht zufällig. Nicht nur die Zahlung selbst muss sich als fortlaufend darstellen, vielmehr auch der Zahlungszweck.

Der Senat schließt sich dieser neuen BSG-Rechtsprechung voll an. Dass er nicht die in den beiden Urteilen vom 14.12.2017 vertretene Ansicht des BSG teilt, die nicht angefochtene Lohnsteueranmeldung entfalte Bindungswirkung für das elterngeldrechtliche Verfahren (vgl. dazu ausführlich Senatsurteile vom 26.02.2019 – [L 9 EG 36/18](#) und [L 9 EG 40/18](#)), wirkt sich im Fall der Klägerin nicht aus. Denn hier können die Provisionen schon deshalb nicht als laufender Arbeitslohn angesehen werden, weil ihre Zahlung weder im regulären Turnus, bei der Klägerin der Monatsturnus, geschuldet war noch tatsächlich erfolgte. Somit bleiben die Provisionszahlungen als sonstige Bezüge im Sinn von [§ 2c Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) außer Betracht.

Dieses Ergebnis verstößt nicht gegen Verfassungsrecht. Insbesondere wird der allgemeine Gleichheitssatz nicht verletzt. Insoweit verweist der Senat auf die Begründungen der BSG-Urteile vom 14.12.2017 und schließt sich dem an. Ausführlich soll lediglich auf das spezifische Vorbringen der Klägerin eingegangen werden, nichtselbständige Personen würden im Vergleich zu Selbständigen ungerechtfertigt benachteiligt.

Ebenso wie die Klägerin sieht der Senat eine Ungleichbehandlung dieser beiden Personengruppen. Nicht angebracht wäre, an dieser Stelle zu argumentieren, die Modalitäten der Einkommenserzielung würden sich bei Nichtselbständigen und Selbständigen derart unterscheiden, dass von vornherein jegliche Vergleichbarkeit fehle. Eine Vergleichbarkeit liegt durchaus vor. Denn beide Personengruppen erzielen Erwerbseinkommen. Und während bei den Selbständigen stets die gesamten Einkünfte – also der Gewinn – zur Bemessung des Elterngelds herangezogen werden, ist das bei den Nichtselbständigen (hinsichtlich der sonstigen Bezüge – die aber gleichwohl Arbeitsentgelt sind) nicht der Fall.

Diese Ungleichbehandlung ist jedoch weit davon entfernt, gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen. Dabei kann der Senat davon absehen, sich

---

festzulegen, welcher rechtliche Maßstab bei der Rechtfertigungsprüfung anzulegen ist (bloÙe Willkür- oder strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung). Denn auch nach strengen Maßstäben ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt.

Im Rahmen der Einkünfte nichtselbständig Erwerbstätiger lassen sich die von [§ 2c Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) erfassten sonstigen Bezüge als ein Teil des Arbeitsentgelts qualifizieren, der sich vom laufenden Arbeitsentgelt seinem Wesen nach, insbesondere in seiner "Widmung" und Motivation, deutlich unterscheidet. Häufig verfolgen die gewährenden Arbeitgeber damit besondere Zwecke und mitunter erscheint auch wenn es sich selbstredend um Gegenleistung für Arbeit handelt die synallagmatische Verknüpfung mit der Arbeitsleistung weniger strikt als beim laufenden Arbeitslohn. Bei den Einkünften Selbständiger vermag man derartige besondere Bestandteile nicht festzustellen. Die von der Klägerin monierte Ungleichbehandlung im Elterngeldrecht spiegelt damit einen real bestehenden Unterschied zwischen den beiden Einkunftsarten wider.

Dieser tatsächliche Unterschied darf sich auch in einer Verschiedenbehandlung im Elterngeldrecht niederschlagen; er verkörpert einen hinreichenden Differenzierungsgrund. Denn sonstige Bezüge fallen nicht regelmäßig an. Von Verfassungs wegen ist nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber im Rahmen des Elterngeldrechts Einkommensersatz nur für häufig und regelmäßig anfallende Vergütungsbestandteile gewähren möchte. Denn jene prägen die wirtschaftliche Situation einer Familie weitaus mehr als Einmalzahlungen und das Prägen der wirtschaftlichen Verhältnisse ist sachgerechtes Kriterium für die Frage, inwieweit ausgefallenes Entgelt ersetzt werden soll. Dies kann nicht wirklich bestritten werden. Der Gesetzgeber wäre nicht einmal gehindert, bestimmte Entgeltbestandteile aus rein fiskalischen Gründen auszuklammern, also um die staatlichen Ausgaben zu begrenzen; die Ausklammerung als solche müsste lediglich nach sachgerechten und nicht diskriminierenden Kriterien erfolgen, was der Rekurs auf das Prägen ohne Zweifel erfüllt.

Im Gegensatz dazu findet man im Einkommensspektrum eines Selbständigen keine unterschiedlichen Bestandteile vor, welche die wirtschaftliche Situation entweder mehr oder aber weniger prägen.

Die Anknüpfung an die lohnsteuerrechtliche Einordnung entweder als laufenden Arbeitslohn oder als sonstige Bezüge ist gut geeignet, die dargestellte, vom Gesetzgeber gewollte Differenzierung der Ausklammerung der wenig oder nicht prägenden Einkünfte abzubilden.

Dagegen kann nicht eingewandt werden, wenn bei Selbständigen dieser tatsächliche Unterschied nicht vorliege, müsste der Gesetzgeber zwingend davon absehen, den Unterschied bei Nichtselbständigen zum (rechtlichen) Differenzierungsgrund zu erheben. Denn dafür ist der Anteil der "wirklich" Selbständigen an den Elterngeldbeziehern schlicht zu gering. Nicht selten ist der Senat mit Fällen befasst, wo in erster Linie Arbeitnehmer mehr oder weniger marginale Kleinstgewerbe betreiben. Personen, die ihren Lebensunterhalt primär aus einer selbständigen Tätigkeit beziehen, treten in der Praxis dagegen nur sehr



---

selten in Erscheinung. Sind diese "wirklich" Selbstständige bei den Beziehern von Elterngeld schon "von den der Kopfzahl her" massiv in der Minderheit, gilt das für die Leistungsausgaben noch verstärkt. Denn relativ viel häufiger als Nichtselbstständige nehmen "wirklich" Selbstständige nur wenige Monate Elterngeld in Anspruch. Die Leistungsausgaben für Selbstständige erweisen sich deshalb als vergleichsweise gering. Es darf auch nicht übersehen werden, dass bei den meisten Nichtselbstständigen die sonstigen Bezüge lediglich einen kleinen Teil des Gesamtentgelts ausmachen. Die bei der Klägerin gegebenen Einkommensrelationen verkörpern eine krasse Ausnahme.

Von daher musste der Gesetzgeber sein oben dargestelltes, an sich zu billiges Regelungskonzept nicht aufgeben, nur weil Selbstständige von den damit verbundenen Differenzierungen von vornherein nicht betroffen sind. Selbstverständlich war der Gesetzgeber auch nicht gehalten, bei Selbstständigen einen wie auch immer gearteten (pauschalen) Abzug vom Einkommen vorzunehmen, um "sonstige Bezüge" zu fingieren und so eine vermeintliche Gleichbehandlung mit Nichtselbstständigen herzustellen.

Unabhängig davon sieht das Elterngeldrecht durchaus auch Bevorzugungen Nichtselbstständiger vor, die mit in die Überlegungen einfließen müssen, die die Vorteil-/Nachteil-Betrachtung darf nicht "atomisiert" sein:

1. "Wirklich" Selbstständige können den Zufluss der Einkünfte nicht vollständig steuern. Daher kommt es oft vor, dass während des Elterngeldbezugszeitraums Einnahmen zufließen, die eigentlich vorher erwirtschaftet worden waren. Die Selbstständigen müssen nicht selten eine Minderung der Elterngeldleistung hinnehmen, obwohl sie im Bezugszeitraum womöglich tatsächlich nichts gearbeitet haben.
2. Damit ist eng verknüpft, dass bei den Zuflüssen aus Erwerbseinkommen im Bezugszeitraum, die den Elterngeldanspruch mindern, in gleicher Weise keine "sonstigen Bezüge" abgesetzt werden können. Was also im Bemessungszeitraum für die Selbstständigen vorteilhaft ist, erweist sich im Bezugszeitraum als nachteilig.
3. Vor allem stellt sich der Zugang zum Elterngeld überhaupt für Selbstständige weitaus schwieriger dar als für Arbeitnehmer. Während Letztere einen gesetzlichen Anspruch auf Elternzeit haben, ist es für "wirklich Selbstständige" rein aus betrieblichen Gründen oft schwer, sich für zwölf oder noch mehr Monate vollständig oder partiell aus dem Geschäftsleben zu verabschieden. Denn häufig will die Stellung am Markt permanent behauptet werden. Die Gefahr, dass jemand nach einem Jahr Abwesenheit seine Marktposition eingebüßt hat, ist in sehr vielen Branchen akut. Damit ist die "Sicherheit" eines Arbeitnehmers nicht zu vergleichen.
4. Da "wirklich" Selbstständige durchschnittlich höhere Einkommen aus ihrer Berufstätigkeit erzielen, wirkt sich die betragsmäßige Deckelung des Elterngelds (Höchstbetrag 1.800 EUR) bei ihnen im Durchschnitt nachteiliger aus als bei Nichtselbstständigen.

Der Senat erkennt nicht, dass der Klägerin aufgrund der Ausklammerung der Provisionen ein beträchtlicher Leistungsbetrag entgeht. Jedoch durfte Gesetzgeber

---

typisieren und musste nicht berücksichtigen, welchen Anteil am Gesamtentgelt die sonstigen Bezüge im Einzelfall ausmachen. Genauso wenig war er gehalten, Fälle wie dem vorliegenden, bei dem die sonstigen Bezüge den laufenden Arbeitslohn deutlich übersteigen, eine Härtefallregelung vorzusehen. Dafür stellen sich die Einkommensrelationen hier allzu ungewöhnlich dar. Von daher hat die Klägerin "Pech", dass ihr Vergütungssystem auf diese Weise ausgestaltet war. Unrecht geschieht ihr aber durch die elterngeldrechtliche Behandlung nicht.

Im Übrigen sind Fehler des Beklagten bei der Berechnung des Elterngelds nicht zu erkennen.

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

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Erstellt am: 20.11.2019

Zuletzt verändert am: 22.12.2024