

## L 1 EG 3/15

Land  
Hamburg  
Sozialgericht  
LSG Hamburg  
Sachgebiet  
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten  
Abteilung

1  
1. Instanz  
SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen  
S 31 EG 26/14

Datum  
11.03.2015

2. Instanz  
LSG Hamburg  
Aktenzeichen

L 1 EG 3/15  
Datum

17.11.2016

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-

Kategorie  
Urteil

Der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Hamburg vom 11. März 2015 und der Bescheid der Beklagten vom 10. Juli 2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Oktober 2014 werden aufgehoben. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die endgültige Festsetzung und Rückforderung von dem Kläger gezahlten Elterngeldes.

Mit Schreiben vom 22. Mai 2013 beantragte der Kläger bei der Beklagten für seine Ehefrau und sich Elterngeld für die am xxxxx 2013 geborene Tochter A ... Für seine Ehefrau beantragte er den Mindestbetrag von 300 Euro, für sich Elterngeld aus Erwerbseinkommen vor der Geburt und zwar für die Mutter vom 1. bis einschließlich 10. Lebensmonat (LM) der Tochter, für sich vom 1. bis einschließlich 2. und vom 5. bis einschließlich 6. LM.

Während der Elternzeit erzielte der Kläger Erwerbseinkommen aus selbständiger Tätigkeit als Steuerberater. Ab Mai 2013 war er laut Antrag mit 30 Stunden wöchentlich berufstätig.

Für den Zeitraum vom 1. Mai 2013 bis 31. Oktober 2013 gab der Kläger Einnahmen von voraussichtlich monatlich 10.000 Euro an. Für das Jahr 2012 fügte er eine Jahresübersicht seiner Einnahmen und Ausgaben bei, die für das Jahr 2012 ein vorläufiges Einkommen von 51.907,52 Euro auswies.

Auf weitere Nachfrage der Beklagten erklärte der Kläger, dass er im Bezugsmonat Mai 2013 derart viele Ausgaben bzgl. seiner Tätigkeit gehabt habe, dass er einen Verlust von 2.841,14 Euro erlitten habe. Daher setzte die Beklagte im Antrag einen Wert von 0,00 Euro fest.

Mit Bescheid vom 13. Juni 2013 bewilligte die Beklagte dem Kläger vorläufig unter dem Vorbehalt der Rückforderung gem. § 8 Abs. 3 Bundeselterngeldgesetz (BEEG) Elterngeld für die Lebensmonate der Tochter 1, 2, 5 und 6 in Höhe von jeweils 1.980,00 Euro. Dabei ging sie für den Vorjahreszeitraum von einem Gewinn aus selbständiger Arbeit von 51.908,00 Euro aus und entsprechend der auf ihre Nachfrage erhaltenen Auskunft des Klägers für den Bezugszeitraum von 0,00 Euro.

Mit Schreiben vom 11. November 2013 übermittelte der Kläger der Beklagten eine betriebswirtschaftliche Auswertung (BWA) des Jahres 2013 als Nachweis für die nicht erzielten Gewinne während des Bezugszeitraumes. Diese wies für den April 2013 ein Endergebnis von 12.116,79 Euro, für den Mai 2013 ein Ergebnis von -2.849,56, für Juni 2013 von -2.117,73 Euro, für August 2013 von 17.156,06 Euro, für September von -387,86 Euro und Oktober 2013 von -326,33 Euro aus.

Mit Schreiben vom 14. November 2013 bat die Beklagte um Übersendung eines Steuerbescheides für 2012 und einer Gewinnermittlung nach [§ 4 Abs. 3 Einkommenssteuergesetz \(EStG\)](#) für den Bezugszeitraum, die genau die Zeiträume 26. April 2013 bis 25. Juni 2013 und 26. August bis 25. Oktober 2013 erfasse. Sie wies auch darauf hin, dass sich aus der BWA ein Gewinn für den Juni ergebe.

Daraufhin teilte der Kläger mit, dass ihm ein Steuerbescheid für das Jahr 2012 noch nicht vorliege. Des Weiteren führte er aus, dass gem. [§ 2d Abs. 3 BEEG](#) eine Gewinnermittlung ausreiche, die mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#) entspreche. Die bereits vorgelegten Zahlen entsprächen einer Gewinnermittlung nach [§ 4 Abs. 1 EStG](#) und seien damit periodengerecht zugeordnet. Eine Gewinnermittlung sei nur für jeden Monat möglich. Außerdem ergebe sich für den Monat Juni ein Minus von 2.117,73 Euro und kein Gewinn.

Er führte weiter aus, dass bei der Gewinnermittlung nach [§ 4 Abs. 3 EStG](#) das Zuflussprinzip gelte, sodass die Einnahmen von der geleisteten Arbeit unabhängig zu berücksichtigen seien. Dies führe seiner Ansicht nach aber zu einem unrichtigen Ergebnis. Wenn er etwa im April vor dem Bezugszeitraum gearbeitet hätte, würde er die Vergütung dafür erst während des Bezugszeitraums erhalten, in dem er dann aber nicht tätig gewesen sei. Dies wäre bei einem Arbeitnehmer anders, der seinen Lohn immer nach Ablauf des Monats ausbezahlt bekäme.

Mit Schreiben vom 5. Juni 2014 übersandte der Kläger den Einkommenssteuerbescheid 2012, aus dem sich ein zu versteuerndes Einkommen von 44.498,- Euro bei einem Gesamtbetrag der Einkünfte von 55.603,- Euro ergibt, sowie eine "Einnahme-Ausgaben-BWA", aus der sich als Monatswert für April -7.689,77 Euro, Mai 5.917,89 Euro, Juni 4.066,88 Euro, August 7.489,18 Euro, September 748,48 Euro und Oktober 7.312,15 Euro ergeben.

Mit Bescheid vom 10. Juli 2014 stellte die Beklagte die Höhe des Elterngeldes für den Bezugszeitraum mit monatlich jeweils 375,00 Euro fest und forderte das überzahlte Elterngeld i.H.v. 6.420,00 Euro zurück.

Hiergegen legte der Kläger am 6. August 2014 Widerspruch u.a. mit der Begründung ein, es stehe ihm frei, eine Gewinnermittlung nach [§ 4 Abs. 1 oder Abs. 3 EStG](#) vorzulegen. Eine Gewinnermittlung nach [§ 4 Abs. 1 EStG](#) sei verursachungsgerecht. Ansonsten würde er im Vergleich zu nicht selbständig Tätigen benachteiligt.

Mit Widerspruchsbescheid vom 28. Oktober 2014 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers aus den Gründen des angefochtenen Bescheides und eines beigefügten Hinweisschreibens zurück.

Daraufhin hat der Kläger am 27. November 2014 beim Sozialgericht Hamburg mit gleichbleibender Begründung Klage erhoben.

Mit Gerichtsbescheid vom 11. März 2015, dem Kläger zugewandt am 13. März 2015, hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung insbesondere wegen der strengen Geltung des Zu- und Abflussprinzips auf die Ausführungen des Widerspruchsbescheides vom 28. Oktober 2014 verwiesen. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu dieser Frage sei eindeutig. Diese betreffe zwar nicht die hier anzuwendende Norm des [§ 2d Abs. 3 BEEG](#) i.d.F. vom 15. Februar 2013, der Gesetzgeber habe aber offensichtlich nicht vom Zu- und Abflussprinzip bei der Einkommensermittlung von Selbständigen abweichen wollen.

Hiergegen hat der Kläger am 8. April 2015 Berufung eingelegt und zur Begründung im Wesentlichen seine Ausführungen aus dem Widerspruchs- und dem erstinstanzlichen Verfahren wiederholt. Im Übrigen hat er ausgeführt, dass [§ 4 Abs. 1 EStG](#) die Grundsatznorm und [§ 4 Abs. 3 EStG](#) lediglich eine Sondervorschrift für Kleingewerbetreibende und Freiberufler sei. Diesen bleibe es aber freigestellt, nach [§ 4 Abs. 1 EStG](#) vorzugehen.

Der Kläger beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Hamburg vom 11. März 2015 und den Bescheid der Beklagten vom 10. Juli 2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Oktober 2014 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Nach der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 2016 hat der Kläger für die einzelnen Bezugsmonate monatliche Bilanzen vorgelegt, auf deren Grundlage die Beklagte eine Probeberechnung angestellt hat. Nach dieser Probeberechnung ergibt sich der mit der vorläufigen Bewilligung vom 13. Juni 2013 übereinstimmende Anspruch auf Elterngeld i.H.v. 1.980,- Euro monatlich.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 2016, die Prozessakte des vorliegenden Verfahrens sowie auf die Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist statthaft ([§§ 143, 144](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) erhoben.

Sie hat auch in der Sache Erfolg.

Dem Kläger steht es zu, sein Einkommen für den streitigen Zeitraum auf der Basis einer monatlichen Bilanz im Sinne des [§ 4 Abs. 1 EStG](#) nachzuweisen. Dies haben das Sozialgericht und die Beklagte verkannt. Die Beklagte hat daher mit den streitigen Bescheiden zu Unrecht das Elterngeld für den Bezugszeitraum – abweichend von der vorläufigen Bewilligung i.H.v. monatlich 1.980,- Euro – auf monatlich 375,00 Euro festgesetzt und Elterngeld i.H.v. 6.420,00 Euro zurückgefordert. Der Gerichtsbescheid und die streitigen Bescheide waren daher aufzuheben.

Der Senat ist der Überzeugung, dass bei der Ermittlung des Einkommens eines Selbständigen für die Bezugsmonate grundsätzlich auch eine Ermittlung auf der Grundlage einer Bilanzierung nach [§ 4 Abs. 1 EStG](#) möglich sein muss, eine solche Bilanzierung jedoch dann abweichend von dem steuerrechtlichen Jährlichkeitsprinzip für den jeweiligen Bezugsmonat zu erstellen ist.

Dies ergibt sich aus folgendem:

Das Gesetz regelt in [§ 2d Abs. 3 BEEG](#) ausdrücklich die Gewinnermittlung für die Bezugsmonate. Dabei wird auf eine Ermittlung abgestellt, die "mindestens" den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#) entspricht. Dem Kläger ist darin zuzustimmen, dass die Ermittlung nach [§ 4 Abs. 3 EStG](#) gegenüber der Bilanzierung nach [§ 4 Abs. 1 EStG](#) die "minderwertige" und als Ausnahmefall zugelassene Ermittlungsart ist. Die

Bilanzierung nach [§ 4 Abs. 1 EStG](#) ist der Regelfall. Es liegt daher nahe, dass der Gesetzgeber auf dieses Rangverhältnis abstellt, wenn er die Formulierung "mindestens" verwendet.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich zu dieser Frage folgende Anhaltspunkte: Die Formulierung ist seit Bestehen des BEEG im Gesetz vorhanden. Sie war dort ursprünglich im [§ 2 Abs. 8 BEEG](#) enthalten und wurde damit begründet, dass für die Bezugsmonate eine gesonderte Einkommensermittlung losgelöst von einem für den Ermittlungszeitraum geltenden Veranlagungszeitraum zu erfolgen habe. Diese erfolge "anhand einer den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#) entsprechenden vereinfachten Gewinnermittlung" (vgl. [BT-Drs. 16/2785 S. 38](#)). Das schon damals vorhandene Wort "mindestens" wird in der Begründung nicht erläutert. Aus der Gesetzesbegründung zum "Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs" (29. Mai 2012, [BT-Drs. 17/9841](#)) ergibt sich dann, dass auch eine Bilanzierung nach [§ 4 Abs. 1 EStG](#) mögliche Grundlage der Gewinnermittlungen sein kann. Mit diesem Gesetz wurde die Grundnorm der Einkommensberücksichtigung in [§ 2 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) dahingehend geändert, dass es nicht darauf ankommt, ob jemand kein Einkommen "erzielt", sondern ob jemand kein Einkommen "hat". Als Begründung für diese Änderung wird angegeben, dass man damit deutlich machen wolle, dass nicht das vom Bundessozialgericht aus dem Wort "erzielen" entwickelte "elterngeldrechtsspezifische modifizierte Zuflussprinzip" gelte, sondern dass insgesamt und damit auch hinsichtlich der zeitlichen Zuordnung die Ermittlung der Einnahmen in Anlehnung an den steuerrechtlichen Einkommensbegriff erfolgen solle. Dementsprechend seien die steuerlichen Grundsätze der zeitlichen Zuordnung von Einnahmen (Zufluss- und Realisationsprinzip, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von bereichsspezifischen Besonderheiten wie etwa im Lohnsteuerrecht) zu berücksichtigen. Die Anwendung dieser Grundsätze könne dabei dazu führen, dass in der Bezugszeit zufließendes Einkommen, das durch eine Erwerbstätigkeit in der Bemessungszeit erwirtschaftet wurde, als Einkommen während der Bezugszeit elterngeldmindernd zu berücksichtigen sei.

Wird damit eindeutig auch hinsichtlich der zeitlichen Zuordnung an das Steuerrecht angeknüpft und dabei ausdrücklich auch das für die Bilanzierung geltende Realisationsprinzip genannt, so ist das ein deutlicher Hinweis darauf, dass auch eine Bilanzierung möglich sein muss. Der folgende Hinweis auf die hier streitige Frage der zeitlichen Berücksichtigung vom Einkommen Selbständiger kann dann nur so verstanden werden, dass die genannte Verschiebung in den Bezugsmonat dann eintritt, wenn nach [§ 4 Abs. 3 EStG](#) vorgegangen wird. Es ist aber deutlich formuliert, dass diese Situation eintreten "kann", nicht, dass sie eintreten "muss". Denn wenn eine bilanzierende Gewinnermittlung vorgenommen wird, kommt es ggf. nicht zu dieser Verschiebung.

Dies greift auch die vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) erlassene Richtlinie zum BEEG (BMFSFJ/211 04/2015) auf. Dort heißt es unter 2d.3.1: "Grundlage der Ermittlung der Gewinneinkünfte ist eine mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#) genügende Berechnung des Überschusses der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben. Eine Bilanz kann Grundlage sein, muss dann jedoch wie die Aufstellung nach [§ 4 Abs. 3 EStG](#) die erforderlichen zeitlichen Abgrenzungen ermöglichen (vgl.: Steuerliche Grundsätze der zeitlichen Zuordnung von Einkünften unter 2.1.3.1.4)." Unter 2.1.3.1.4 werden dann insbesondere das Zufluss- und das Realisationsprinzip erläutert. Auch nach der Ansicht des BMF ist daher grundsätzlich eine Bilanzierung möglich.

Es war daher nicht zulässig, dass die Beklagte von dem Kläger stets eine Gewinnermittlung nach [§ 4 Abs. 3 EStG](#) gefordert hat. Vielmehr durfte der Kläger auch eine Bilanzierung nach [§ 4 Abs. 1 EStG](#) vornehmen.

Allerdings muss es sich dabei um eine Bilanzierung handeln, die die einzelnen Monate des Elterngeldbezugs monatsweise abbildet. Die Notwendigkeit einer solchen Monatsbetrachtung ergibt sich daraus, dass sich eine sonst noch in Betracht kommende Zwölfteilung des sich aus der Jahresbilanz ergebenden Jahresgewinns insbesondere auch aus Sicht des Gesetzgebers als zu unspezifisch erweisen würde. So hat der Gesetzgeber schon in der Begründung zum BEEG in seiner ersten Fassung ausgeführt ([BT-Drs. 16/2785 S. 38](#)): "Für den Zeitraum nach der Geburt des Kindes kann in keinem Fall auf einen steuerlichen Veranlagungszeitraum zurückgegriffen werden, denn Bezugs- und Veranlagungszeitraum werden nur in seltenen Ausnahmefällen übereinstimmen. Hier ist eine gesonderte Einkommensermittlung immer zwingend erforderlich." Noch deutlicher ist dies in der seit September 2012 geltenden Neufassung des BEEG geworden: Hier regelt [§ 2d Abs. 2 BEEG](#) die Ermittlung des Gewinns für den Bemessungszeitraum und knüpft dabei an den Steuerbescheid an, dem eine jährliche Betrachtung zugrunde liegt. In Abs. 3 wird dann speziell die Ermittlung für die Bezugsmonate geregelt und hierzu die genannte Ermittlung "mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#)" entsprechend gefordert. In der Begründung heißt es dazu ([BT-Drs. 17/9841 S. 23](#)): "Der Steuerbescheid kann nicht als maßgeblicher Nachweis herangezogen werden, da das auf den Bezugszeitraum anteilig umgerechnete Einkommen, das die elterngeldberechtigte Person im jeweiligen Veranlagungszeitraum hat, keine zuverlässigen Rückschlüsse auf das Einkommen im Bezugszeitraum erlaubt."

Eine Zwölfteilung kommt nach 2d.3.1 der BMF-Richtlinie nur bei Jahresbeträgen in Betracht, also bei Einkommen, das nur in einem Jahresbetrag ausgezahlt wird und daher eine Zuordnung zu einem Monat nur durch Zwölfteilung möglich ist. Einen solchen Fall hat das Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 21. Juni 2016 ([B 10 EG 3/15 R](#)) entschieden.

Eine solche Konstellation liegt hier jedoch nicht vor. Daher hatte der Kläger, wenn er sein Einkommen für die Bezugsmonate nach [§ 4 Abs. 1 EStG](#) bilanzieren wollte, für diese Monate eine Monatsbilanz erstellen. Die von dem Kläger zunächst vorgelegten BWA's haben diesen Anforderungen nicht genügt, da es sich dabei nicht um eine Bilanzierung im Sinne des [§ 4 Abs. 1 EStG](#) handelte. Jedoch hat der Kläger mit Schreiben vom 15. Juli 2016 entsprechende Bilanzen vorgelegt, auf deren Grundlage die Beklagte eine Proberechnung mit dem Ergebnis angestellt hat, dass das mit der vorläufigen Bewilligung bewilligte Elterngeld i.H.v. 1980,- Euro zutreffend war. Damit erweisen sich die streitgegenständlichen Bescheide als rechtswidrig.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Die Zulassung der Revision war geboten, da die vorliegende Streitfrage vom Bundessozialgericht bisher nicht - wie dargestellt auch nicht durch die Entscheidung vom 21. Juni 2016 ([B 10 EG 3/15 R](#)) - entschieden ist.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2017-01-12