

## L 1 EG 1/11

Land

Schleswig-Holstein

Sozialgericht

Schleswig-Holsteinisches LSG

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

1

1. Instanz

SG Lübeck (SHS)

Aktenzeichen

S 1 EG 7/09

Datum

09.11.2010

2. Instanz

Schleswig-Holsteinisches LSG

Aktenzeichen

L 1 EG 1/11

Datum

24.09.2012

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Da bei Einkommen aus selbstständiger Arbeit im Bemessungs- und im Bezugszeitraum streng auf den steuerrechtlichen Einkommensbegriff abgestellt wird, ist der Umfang der für diese Einkünfte eingesetzten Arbeitszeit unerheblich.

2. Die Regelung des [§ 2 Abs 9 S 3 BEEG](#) ist auch anwendbar, wenn neben dem Einkommen aus nicht selbständiger Arbeit nur negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb (hier: aus Unternehmensbeteiligungen) vorliegen.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 9. November 2010 wird zurückgewiesen. Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Höhe des Elterngeldes bei Einkommen aus Gewerbebetrieb in Form von Unternehmensbeteiligungen während des Elterngeldbezuges.

Die im Dezember 1974 geborene Klägerin ist ausgebildete Diplom-Kauffrau und war bis zur Geburt ihres Kindes bei der Grundstücksgesellschaft M. GmbH & Co. KG in Vollzeit (39,5 Stunden) beschäftigt. Nach der Geburt ihres Sohnes am 11. Mai 2008 arbeitete sie in Teilzeit und erzielte während des Elterngeldbezuges nur noch ein niedrigeres Einkommen aus abhängiger Beschäftigung. Sowohl vor als auch nach der Geburt ihres Sohnes setzte sich das Einkommen der Klägerin aus Einnahmen aus abhängiger Beschäftigung und - jedenfalls nach steuerrechtlicher Bewertung - selbstständiger Tätigkeit zusammen, wobei teilweise auch Verluste erzielt wurden.

Die Klägerin war u. a. in den hier maßgeblichen Jahren 2006 bis 2009 als Kommanditistin an drei Gesellschaften beteiligt, und zwar an der M. Projektentwicklung GmbH & Co. KG (Kommanditanteil 40 %), an der O. GmbH & Co. KG (Kommanditanteil 10 %) und an der Q. GmbH & Co. KG (Kommanditanteil 25 %). Die Q. GmbH & Co. KG ist Eigentümerin von Immobilien, die vermietet werden. Die Gewinne, die diese Kommanditgesellschaft erwirtschaftet, sind Überschüsse aus Mieteinnahmen. Das Geschäft der Vermietung und Verwaltung wird von der Q. Verwaltungsgesellschaft mbH erledigt, an der die Klägerin nicht mit Einlagen beteiligt ist. Die Klägerin erbringt bei den Gesellschaften, an denen sie beteiligt ist, keine Arbeitsleistung. Dieses gilt auch für die Q. GmbH & Co. KG; formal ist sie zwar Geschäftsführerin, bezieht jedoch kein Geschäftsführergehalt.

Im Jahr 2006 erzielte die Klägerin aus ihren Beteiligungen insgesamt 38.074,00 EUR als positive Einkünfte aus Gewerbebetrieb (Steuerbescheid für das Jahr 2006 vom 2. Mai 2008). Vorauszahlungen auf die Einkommensteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer leistete sie für dieses Jahr im Umfang von 2.647,94 EUR. Im Jahr 2007 erzielte die Klägerin insgesamt negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb aus Beteiligungen in Höhe von 64.708,00 EUR (Einkommensteuerbescheid vom 7. Oktober 2008), was vor allem mit den Verlusten der M. Projektentwicklung GmbH & Co. KG zusammenhing. Außerdem erzielte sie in dem Jahr 2007 positive Einkünfte aus Kapitalvermögen in Höhe von 8.259,00 EUR und aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von 14.280,00 EUR. Vorauszahlungen auf die Einkommensteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer wurden zunächst auf 2.636,64 für das Jahr 2007 festgesetzt und während dieser Zeit getilgt. Mit dem Steuerbescheid vom 2. Mai 2008 wurden nachträglich höhere Beträge für die Steuervorauszahlungen für das Jahr 2007 festgesetzt. Dies waren nunmehr 22.240,16 EUR, die abzüglich der bereits getilgten Leistungen in Höhe von 19.400,00 EUR spätestens zum 5. Juni 2008 fällig wurden. Daneben war die Klägerin abhängig beschäftigt. Sie erzielte aus dieser Tätigkeit nach den Gehaltsabrechnungen von Januar 2007 bis Mai 2007 ein Bruttoeinkommen (einschließlich des geldwerten Vorteils für Pkw) von 5.165,15 EUR monatlich. Nach Abzug von Steuern, Sozialversicherungsbeiträgen (unter Saldierung der Arbeitgeberzuschüsse mit den tatsächlichen Beiträgen) und einer Werbungskostenpauschale von 76,67 EUR monatlich entsprach dies einem Nettoeinkommen von 2.573,51 EUR monatlich. Von Juni 2007 bis April 2008 erzielte sie aus dieser abhängigen Beschäftigung ein monatliches Bruttoeinkommen von 5.356,15

EUR, was nach den oben genannten monatlichen Abzügen einem Nettoeinkommen von 2.667,35 EUR monatlich entsprach. Allein bezogen auf das Jahr 2007 erzielte die Klägerin nach den monatlichen Gehaltsabrechnungen aus abhängiger Beschäftigung unter Berücksichtigung des geldwerten Vorteils für den Pkw und nach Abzug der monatlichen gezahlten Steuern und Sozialversicherungsbeiträge ohne Abzüge für Werbungskosten ein Nettoeinkommen von durchschnittlich 2.705,47 EUR. Unter Berücksichtigung einer monatlichen Werbungskostenpauschale in Höhe von 76,67 EUR (ein Zwölftel des Barbetrages von 920,00 EUR nach [§ 9a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) Buchstabe a Einkommenssteuergesetz) erzielte sie nach den Gehaltsabrechnungen ein Erwerbseinkommen von 2.628,80 EUR. Der Steuerbescheid für das Jahr 2007 vom 7. Oktober 2008 stellte aus nichtselbständiger Tätigkeit für dieses Kalenderjahr einen Bruttoarbeitslohn von 63.273,00 EUR, nach Abzug der Werbungskosten in Höhe des Arbeitnehmerpauschbetrages (920,00 EUR) von 62.353,00 EUR fest.

Im Jahr 2008 hatte die Klägerin positive Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 23.142,00 EUR (Steuerbescheid für das Jahr 2008 vom 5. März 2010). Außerdem erzielte sie in dem Jahr 2008 positive Einkünfte aus Kapitalvermögen (unbereinigt) in Höhe von 10.132,00 EUR und aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von 11.242,00 EUR. Mit dem Steuerbescheid vom 2. Mai 2008 für das Jahr 2006 wurden die Beträge für die Steuervorauszahlungen für die Einkommensteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer auch für das Jahr 2008 festgesetzt. Dies waren in drei Beträgen im Jahr 2008 (10. Juni, 10. September und 10. Dezember) je 8.068,00 EUR, also insgesamt also 24.204,00 EUR. Da die Steuervorauszahlungen nach der weiteren Einkommensentwicklung für das Jahr 2008 zu hoch waren, erfolgte mit Steuerbescheid vom 7. Oktober 2008 eine Korrektur. Zum Stichtag 1. Dezember 2008 waren nur noch 0,00 EUR zu zahlen, außerdem erfolgte im Oktober 2008 eine Steuergutschrift – allerdings im Rahmen der gemeinsamen Veranlagung – in Höhe von 42.817,00 EUR.

Im Jahr 2009 hatte die Klägerin positive Einkünfte aus Gewerbebetrieb aus Beteiligungen in Höhe von 58.136,00 EUR (Steuerbescheid für 2009 aus dem Jahr 2011). Steuervorauszahlungen hatte sie in diesem Jahr in Höhe von insgesamt 16.992,00 EUR, also in Höhe von 1.416,00 EUR monatlich zu entrichten (Festsetzungsbescheid vom 7. Oktober 2008). Die exakte Höhe der Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit in den Jahren 2007 und 2008 war Anfang 2008 noch nicht bekannt; sie wurde erst im Rahmen der Einkommensfeststellung ermittelt. Auch die Einkünfte für das Jahr 2009 standen erst erheblich später fest.

Für ihr am 11. Mai 2008 geborenes Kind beantragte die Klägerin am 17. Juli 2008 bei dem Beklagten Elterngeld. Sie gab an, ab dem 16. August 2008 ihrer nichtselbstständigen Erwerbstätigkeit nur noch in einem wöchentlichen Umfang von zehn Stunden nachzugehen. Dem Antrag beigelegt war der Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2006, aus dem sich neben dem Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit Einkünfte aus Gewerbebetrieb, aus Kapitalvermögen und aus Vermietung und Verpachtung ergaben. Außerdem reichte sie eine Gewinn- und Verlustrechnung der Q. GmbH & Co KG ein, aus der nach Abschreibung ein geplanter steuerlicher Gewinn insgesamt von 108.613,00 EUR (bezogen auf ihren 25 %-Anteil waren dies 27.153,00 EUR) für das Jahr 2008 und von 110.000,00 EUR (bezogen auf ihren 25 %-Anteil waren dies 27.500,00 EUR) für das Jahr 2009 ersichtlich war. Beigelegt war weiter eine Ergänzungsliste zur Anlage GSE der Einkommenssteuererklärung, die für das Jahr 2007 insgesamt einen Verlust aus Gewerbebetrieb von 64.708,00 EUR auswies. Der Einkommenssteuerbescheid für 2007 lag noch nicht vor. Außerdem reichte die Klägerin Entgeltabrechnungen ein, aus denen sich das monatliche Gehalt aus abhängiger Beschäftigung und das berücksichtigte Einkommen aus dem geldwerten Vorteil der Pkw-Nutzung ergab. Das Bruttogehalt betrug bis zum 31. Mai 2007 4.900,00 EUR und ab dem 1. Juni 2007 5.100,00 EUR; für die Pkw-Nutzung wurde ein geldwerter Vorteil in Höhe von 256,15 EUR berücksichtigt.

Bis zum 7. Juli 2008 bezog die Klägerin Mutterschaftsgeld. Ab dem 16. August 2008 arbeitete sie mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von zehn Stunden wieder als Kauffrau im Rahmen ihrer nichtselbstständigen Tätigkeit für die Grundstücksgesellschaft M. GmbH & Co. KG. Sie erzielte ein Bruttogehalt von 1.292,00 EUR; einschließlich des geldwerten Vorteils für die Pkw-Nutzung waren es 1.548,15 EUR. Im August, in dem sie nur anteilig gearbeitet hatte, waren es insgesamt 880,42 EUR. Nach Abzug der Steuern, Sozialversicherungsbeiträge und einer Werbungskostenpauschale von 76,67 EUR erzielte die Klägerin im Zeitraum 11. Mai 2008 bis 10. Mai 2009 aus abhängiger Beschäftigung ein durchschnittliches Einkommen von 785,14 EUR monatlich.

Der Beklagte bewilligte mit Bescheid vom 19. September 2008 unter Zugrundelegung des voraussichtlichen derzeit noch nicht abschließend bekannten Einkommens aus Erwerbstätigkeit im "nach [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) maßgeblichen Zeitraum" und bis zum endgültigen Nachweis des tatsächlich erzielten Einkommens vorläufig und unter Vorbehalt des Widerrufs ([§ 8 Abs. 2](#) und 3 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes – BEEG –) Elterngeld für die Zeit vom 11. Juli 2008 bis 10. Mai 2009 in Höhe von 1.235,25 EUR monatlich. In dem Bescheid wird einleitend und deutlich herausgestellt darauf hingewiesen, dass das Einkommen aus Erwerbstätigkeit im maßgeblichen Zeitraum nicht abschließend ermittelt werden konnte. Die Zahlung des Elterngeldes unter Berücksichtigung des glaubhaft gemachten Einkommens aus Erwerbstätigkeit erfolge daher vorläufig. Das gegebenenfalls überzahlte Elterngeld sei zu erstatten. Der Bescheid enthält eine Anlage, aus der sich entnehmen lässt, dass der Beklagte von dem Zeitraum Januar 2007 bis Dezember 2007 als Berechnungsgrundlage für das Einkommen vor der Geburt ausgegangen ist. Hierbei hat er als positive Einkünfte nur das Einkommen aus nichtselbstständiger Tätigkeit berücksichtigt, das nach Abzug von Steuern, Sozialversicherungsbeiträgen und pauschalierten Werbungskosten insgesamt 31.545,56 EUR betragen hat, was einem durchschnittlichen Nettoerwerbseinkommen im Bemessungszeitraum von 2.628,80 EUR entspricht. Als vorläufiges Einkommen aus Gewerbebetrieb berücksichtigte der Beklagte für das Jahr 2007 einen Betrag von 0,00 EUR. Im Übrigen wird die Berechnung des Elterngeldes unter Anrechnung des nach der Geburt erzielten Erwerbseinkommens aufgrund der Teilzeittätigkeit in den Anlagen rechnerisch näher erläutert.

Mit ihrem dagegen am 30. September 2008 erhobenen Widerspruch machte die Klägerin geltend, dass bei der Berechnung die Einkünfte aus Gewerbebetrieb nicht berücksichtigt worden seien, obwohl diese für das Jahr 2007 sowie für den Zeitraum Januar bis Juni 2008 nachgewiesen worden seien. Außerdem beanstandete sie sinngemäß den Bemessungszeitraum für die Elterngeldberechnung. Zu berücksichtigen seien nicht die Monate Januar bis Dezember 2007, sondern die zwölf Monate vor Beginn der Mutterschutzfrist, also die Zeit von März 2007 bis Februar 2008.

Der Beklagte wies mit Schreiben vom 11. November 2008 auf die Bemessungsgrundlagen in zeitlicher Hinsicht hin und erläuterte die Regelung des [§ 2 Abs. 9 BEEG](#). Zudem erklärte er, dass die bisherige Berechnung des Elterngeldes auf der Grundlage einer Prognose ausgehend von dem vorliegenden Steuerbescheid 2006 vorgenommen worden sei und nach Vorlage des Steuerbescheides gegebenenfalls überprüft werde. Explizit wies der Beklagte darauf hin, dass ein Einkommen aus Gewerbebetrieb im Bezugszeitraum des Elterngeldes für das Kind auf das Elterngeld angerechnet werden müsse und es somit zu Überzahlungen und Rückforderungen kommen könne, sofern die Einkünfte positiv sein sollten.

Die Klägerin übersandte daraufhin den Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2007 vom 7. Oktober 2008 und bat darum, als Einkünfte aus Gewerbebetrieb nur die positiven Einkünfte aus Beteiligungen in Höhe von 24.186,00 EUR zu berücksichtigen; hierbei handelte es sich um den Gewinn für die Beteiligung bei der Q. GmbH & Co. KG. Nicht zu berücksichtigen seien die negativen Einkünfte für die M. Projektentwicklung GmbH & Co. KG in Höhe von 88.894,00 EUR, da dieses Ergebnis "nießbrauchbehaftet" sei und daher nicht berücksichtigt werden dürfe. Aus dem Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2007 ergäben sich negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb aus Beteiligungen in Höhe von 64.708,00 EUR, und zwar aufgeschlüsselt in negative Einkünfte in Höhe von 88.894,00 EUR einerseits und positive Einkünfte in Höhe von 24.186,00 EUR andererseits. Schließlich verwies die Klägerin auf die Gewinnprognose für die Jahre 2008 und 2009, die für die Q. GmbH & Co. KG einen steuerlichen Gewinn von 380.000,00 EUR für das Jahr 2008 und 108.000,00 EUR für das Jahr 2009 vorsah.

Mit wiederum vorläufigem Bescheid vom 21. Januar 2009 berechnete der Beklagte auf dieser Grundlage das Elterngeld neu. Er berücksichtigte ein Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit für die Zeit des Elterngeldbezuges in Höhe von 2.000,00 EUR, das auf das Elterngeld anzurechnen sei. Das Elterngeld wurde für die Zeit von Juni 2008 bis Mai 2009 nur noch in Höhe des Sockelbetrages in Höhe von 300,00 EUR gewährt. Die zu viel empfangenen Leistungen in Höhe von 6.640,29 EUR seien gemäß [§ 50 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#) zu erstatten. In seiner Rechtsbehelfsbelehrung wies der Beklagte darauf hin, dass dieser Bescheid als mit angefochten gelte.

Auch dagegen erhob die Klägerin am 6. Februar 2009 Widerspruch und machte geltend, sie könne nicht nachvollziehen, wie der Beklagte auf ein monatliches Einkommen aus Gewerbebetrieb in Höhe von 2.000,00 EUR ab Juni 2008 gekommen sei. Die Höhe des Elterngeldes orientiere sich ausschließlich an der Erwerbstätigkeit, d. h. dem Einsatz der persönlichen Arbeitskraft. Insofern dürften weder Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung noch aus Kapitalvermögen berücksichtigt werden. Das Gleiche gelte für ihre Einkünfte, die sie als Kommanditistin aus der Q. GmbH & Co. KG erziele. Sofern diese Gesellschaft Überschüsse erwirtschaftete, würden diese den Gesellschaftern gemäß prozentualer Beteiligung zuteil, was im Ergebnis bedeute, dass der erzielte Überschussanteil einen Gewinnanteil und keine Vergütung darstelle und nicht bei der Bemessung des Elterngeldes herangezogen werden dürfe.

Mit Schreiben vom 27. Februar 2009 holte der Beklagte die Anhörung zur Rückforderung gemäß [§ 24 SGB X](#) nach und erläuterte in diesem Rahmen die Berechnung des Nachzahlungsbetrages. Innerhalb der Anhörungsfrist nahm die inzwischen anwaltlich vertretene Klägerin zum Sachverhalt Stellung und bekräftigte noch einmal, dass nur ihr Einkommen aus der abhängigen Beschäftigung, nicht jedoch das Einkommen aus ihrer Mitunternehmerinnentätigkeit bzw. ihrer Tätigkeit als Kommanditistin berücksichtigt werden dürfe.

Mit Widerspruchsbescheid vom 2. April 2009 wies der Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Nach den vorgelegten Unterlagen liege ein Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit in Höhe von jedenfalls 2.000,00 EUR monatlich im Elterngeldbezugszeitraum vor. Bei dem Einkommen aus der Beteiligung an der Q. GmbH & Co. KG handele es sich um Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit entsprechend dem maßgeblichen Steuerrecht und nicht um Einkommen aus Kapitalvermögen. Die in den Steuerbescheiden festgestellten Einkünfte aus Kapitalvermögen und Vermietung und Verpachtung würden weder im Bemessungszeitraum für das Elterngeld noch im Bezugszeitraum berücksichtigt. Die nunmehrige Prognose beruhe auf Unterlagen, die die Klägerin selbst eingereicht habe. Auf Vertrauensschutz könne sie sich nicht berufen, da die ursprüngliche Entscheidung ausdrücklich unter dem Vorbehalt des Widerrufs bis zum Nachweis des tatsächlich erzielten Einkommens erfolgt sei, und sie gewusst habe bzw. hätte wissen müssen, dass das gezahlte Elterngeld eventuell teilweise von ihr zurückzuerstatten sei, sofern im Rahmen der endgültigen Festsetzung festgestellt werde, dass nur ein geringerer Anspruch auf Elterngeld bestehe. Dabei habe eine Ermessensprüfung unter Berücksichtigung von [§ 39 Sozialgesetzbuch Erstes Buch \(SGB I\)](#) und [§ 54 Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) zu erfolgen. Die Aufforderung zur Erstattung des überzahlten Elterngeldes sei geeignet, dem öffentlichen Interesse an einer sparsamen und rechtmäßigen Verwendung von Haushaltsmitteln Rechnung zu tragen. Sie sei auch angemessen, weil das öffentliche Interesse unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung gleichgelagerter Fälle, von Billigkeitsgründen und der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Klägerin schwerer wiege als das Interesse der Klägerin daran, das erhaltene Geld behalten zu dürfen. Jedenfalls seien die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Klägerin so gelagert, dass eine Rückforderung nicht unangemessen sei. Die Erstattung des zu viel erhaltenen Elterngeldes dürfe nach [§ 50 SGB X](#) verlangt werden.

Mit ihrer am 7. Mai 2009 beim Sozialgericht Lübeck eingegangenen Klage hat die Klägerin ihr Anliegen weiterverfolgt, Erziehungsgeld (gemeint: Elterngeld) ohne Anrechnung von Einkünften aus Gewerbebetrieb in Höhe von rund 2.000,00 EUR zu erhalten. Während des Klageverfahrens hat sie die Gewinnermittlung aus den Unternehmensbeteiligungen vorgelegt. Für den Zeitraum 11. Mai 2008 (Geburt ihres Sohnes) bis 31. Dezember 2007 war dies ein Gewinn von 14.859,00 EUR und für die Zeit vom 1. Januar bis 10. Mai 2009 waren es nach ihren eigenen Betriebsergebnissen anteilig 6.949,00 EUR. Mit Bescheid vom 16. Juni 2010 hat der Beklagte das Elterngeld daraufhin endgültig festgesetzt, und zwar auf 420,72 EUR monatlich ab dem 11. Juli 2008. Für den Bezugsmonat 11. Juni bis 10. Juli 2008, in dem von der Klägerin anteilig Mutterschaftsgeld erzielt wurde, waren es 42,06 EUR. Der Erstattungsbetrag reduzierte sich dadurch auf 5.421,03 EUR. Hinsichtlich der Berechnungsgrundlagen wird auf die Anlagen zu dem Bescheid vom 16. Juni 2010 verwiesen.

Mit Urteil vom 9. November 2011 hat das Sozialgericht Lübeck die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Beklagte zutreffend das Elterngeld endgültig auf 420,72 EUR monatlich festgesetzt und die Differenz zu dem bereits ausgezahlten Elterngeld in Höhe von 5.421,03 EUR zurückgefordert habe. Das monatliche Einkommen aus nichtselbstständiger Tätigkeit während des Bezugszeitraums betrage brutto 1.548,15 EUR, dies mindere als anrechenbares Einkommen den Elterngeldanspruch. Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf Berücksichtigung lediglich der positiven Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Im maßgeblichen Berechnungsjahr 2007 seien die Einkünfte aus Gewerbebetrieb insgesamt negativ gewesen und dies auch unter Saldierung der positiven Einkünfte aus Unternehmensbeteiligungen einerseits und der negativen Einkünfte andererseits. Folgerichtig habe die Klägerin in der Ergänzungsliste zur GSE in der Einkommensteuererklärung für das Jahr 2007 die Einkünfte aus Gewerbebetrieb mit null Euro angegeben, demzufolge sei auch keine höhere Bemessungsgrundlage für das Elterngeld aus der selbstständigen Tätigkeit im Jahr 2007 festzustellen. Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf Bemessung des Elterngeldes im Bezugszeitraum ohne Berücksichtigung ihrer Einkünfte aus Gewerbebetrieb mit dem Argument, dass diese Einkünfte erzielt worden seien, ohne eigene Arbeitskraft eingesetzt zu haben. Entscheidend sei allein, dass die im Bezugszeitraum des Elterngeldes erzielten Einkünfte aus Beteiligungen steuerrechtlich als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gelten würden und damit auch Einnahmen im Sinne des BEEG seien. Diese seien in der berücksichtigten Höhe der Klägerin auch tatsächlich während des Bezugs von Elterngeld zugeflossen.

Gegen das ihr am 27. Dezember 2010 zugestellte Urteil des Sozialgerichts richtet sich die am 13. Januar 2011 beim Schleswig-

Holsteinischen Landessozialgericht eingegangene Berufung der Klägerin. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr bisheriges Vorbringen. Nach ihrer Auffassung müsse das Elterngeld monatlich 1.235,25 EUR betragen, außerdem wendet sie sich gegen die Rückforderung des angeblich überzahlten Elterngeldes. Sie macht geltend, dass ihre Beteiligungen als Kommanditistin weder im Bemessungszeitraum noch im Bezugszeitraum bei der Errechnung ihres Anspruchs zu berücksichtigen seien, da es sich nicht um Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit handle. Die Einkünfte aus Beteiligungen würden ohne jede Arbeitsleistungen erzielt und stünden daher – zumindest im Wege einer verfassungskonformen Auslegung des [§ 2 BEEG](#) – den nicht zu berücksichtigenden Einkünften aus Kapitalvermögen oder Vermietung und Verpachtung gleich. Auf das Referenzeinkommen von 2.628,80 EUR dürften daher nur die Einkünfte aus ihrer Teilzeittätigkeit von durchschnittlich 785,14 EUR angerechnet werden, so dass die Einkommensdifferenz von 1.843,66 EUR mit einem Vomhundertsatz von 67 % zu multiplizieren sei, was einen Elterngeldanspruch von 1.235,25 EUR ergebe. Soweit sie im Widerspruchsverfahren und im erstinstanzlichen Verfahren noch die Auffassung vertreten habe, dass die Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Bemessungszeitraum (also vor der Geburt des Kindes) sich einkommenssteigernd auf das Elterngeld auswirken müssten, halte sie an dieser Auffassung ausdrücklich nicht mehr fest. Vielmehr seien diese Einkünfte weder vor noch nach der Geburt hinsichtlich des Elterngeldanspruchs berücksichtigungsfähig.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 9. November 2010 und den Bescheid vom 21. Januar 2009 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2. April 2009 und des Änderungsbescheides vom 16. Juni 2010 aufzuheben sowie den Bescheid vom 19. September 2008 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2. April 2009 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, das Elterngeld entsprechend dem Bescheid vom 19. September 2008 endgültig festzustellen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend.

Der Senat hat die Steuerbescheide für 2008 und 2009 und die diesbezüglichen Angaben der Klägerin und Unterlagen zu ihren Unternehmensbeteiligungen beigezogen.

Die den Rechtsstreit betreffende Verwaltungsakte des Beklagten und die Gerichtsakte haben dem Senat vorgelegen. Sie sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung und der Beratung gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf ihren Inhalt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 144 Abs. 1 Satz 2, 151 Abs. 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte sowie statthafte Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet.

Streitgegenstand sind die Bescheide des Beklagten vom 19. September 2008 und 21. Januar 2009 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2. April 2009 und des Bescheides vom 16. Juni 2010, mit dem die Leistungen der Klägerin in Höhe von 420,72 EUR endgültig bewilligt und der Erstattungsbetrag im Hinblick auf die bereits ausgezahlten höheren Leistungen auf 5.421,03 EUR festgesetzt wurde. Der Beklagte durfte mit dem Bescheid vom 16. Juni 2010 unterschiedliche Verfügungssätze erlassen (siehe unter 1.). Ausgehend von dem im maßgeblichen Bemessungszeitraum des Kalenderjahres 2007 (s. unter 3.) erzielten Einkommen und unter Berücksichtigung des Einkommens aus Unternehmensbeteiligungen und damit aus selbstständiger Tätigkeit (s. unter 2.) hat die Klägerin jedenfalls keinen Anspruch auf höheres Elterngeld als monatlich 420,72 EUR, da auch das im Bezugszeitraum des Elterngeldes erzielte Einkommen aus nichtselbstständiger und selbstständiger Tätigkeit leistungsmindernd zu berücksichtigen ist (s. unter 4.). Der Beklagte durfte die Leistung auch endgültig festsetzen und den überzahlten Erstattungsbetrag zurückfordern (s. unter 5.).

1. Der Anspruch der Klägerin auf Elterngeld richtet sich nach dem mit Wirkung zum 1. Januar 2007 eingeführten BEEG (BGBl I 2748) in der Fassung vom 19. August 2007 ([BGBl I 1970](#)). Mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 16. Juni 2010 setzte der Beklagte das der Klägerin zustehende Elterngeld erstmals endgültig fest. Der Bescheid vom 16. Juni 2010 enthält mehrere Regelungen, die im Sinne von [§ 31 SGB X](#) auf Außenwirkung gerichtet sind.

Erstens nimmt er eine endgültige Festsetzung des Anspruchs auf Elterngeld vor. Dabei handelt es sich rechtstechnisch um die Aufhebung der mit der Ursprungsbewilligung vom 19. September 2008 und den folgenden Änderungsbescheiden wiederholten, als Nebenbestimmung erklärten Vorläufigkeit des Bescheides (vgl. BSG, Urteil vom 5. April 2012 – [B 10 EG 6/11 R](#) – zitiert nach juris). Das Begehren der Klägerin im Berufungsverfahren ist darauf gerichtet, dass nicht der endgültige Bescheid vom 16. Juni 2010 mit einer Elterngeldbewilligung von 420,72 EUR, sondern der Ursprungsbescheid vom 19. September 2008 mit der Festsetzung der deutlich höheren Leistungen von 1.235,54 EUR monatlich für endgültig erklärt wird oder rechtstechnisch betrachtet, die Ursprungsleistungen mit der Nebenbestimmung "Aufhebung der Vorläufigkeit" und damit endgültig bewilligt werden. Zweitens setzt der endgültige Bescheid vom 16. Juni 2010 die Leistung für den dritten bis 12. Lebensmonat auf 420,72 EUR monatlich fest (für den zweiten Lebensmonat anteilig). Insoweit verfolgt die Klägerin im Berufungsverfahren ihr Begehren auf Leistungsbewilligung ohne Anrechnung der Einkünfte aus den Unternehmensbeteiligungen während des Elterngeldbezuges weiter also auf eine Leistung in Höhe von 1.235,54 EUR monatlich, so wie sie auch ursprünglich vorläufig bewilligt wurde. Drittens begründet der Bescheid vom 16. Juni 2010 die Verpflichtung zur Erstattung eines überzahlten Betrages von 5.421,03 EUR. Diese Erstattungsforderung sieht die Klägerin als in der Sache nicht gerechtfertigt an.

Die Berufung hat nicht schon deshalb Erfolg, weil der Bescheid vom 16. Juni 2010 formal rechtswidrig wäre. Der Beklagte hat mit Schreiben vom 27. Februar 2009 die Anhörung zur Rückforderung gemäß [§ 24 SGB X](#) nachgeholt und in diesem Rahmen die Berechnung erläutert. Es kann daher offen bleiben, ob eine Anhörung bei der Anpassung von einkommensabhängigen Leistungen an geänderte Verhältnisse überhaupt zwingend erforderlich ist (vgl. [§ 24 Abs. 2 Nr 5 SGB X](#)).

2. Die Klägerin ist dem Grunde nach elterngeldberechtigt. Bemessungsgrundlage sind die Einkünfte vor der Geburt aus nichtselbstständiger und selbstständiger Tätigkeit in Form von Unternehmensbeteiligungen an den drei Gesellschaften, bei denen die Klägerin Kommanditistin ist.

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 ihren gewöhnlichen Aufenthalt während der Kindererziehung in Deutschland, sie lebte mit ihrem am 11. Mai 2008 geborenen Sohn in einem Haushalt, betreute und erzog ihn und übte während des streitigen Zeitraums keine volle Erwerbstätigkeit aus. Dies entnimmt der Senat den Angaben der Klägerin gegenüber dem Beklagten im Verwaltungsverfahren und ihren Angaben im Gerichtsverfahren.

Die Höhe des Elterngeldes richtet sich gemäß [§ 2 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) nach dem in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit. Im Falle von Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit kann Bemessungszeitraum auch der letzte steuerliche Veranlagungszeitraum sein. Das Elterngeld beträgt nach der hier maßgeblichen Gesetzesfassung 67 % des durchschnittlichen Einkommens, höchstens 1.800,00 EUR monatlich. Als Einkommen aus Erwerbstätigkeit ist nach [§ 2 Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) die Summe der positiven Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit im Sinne von [§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 Einkommensteuergesetz \(EStG\)](#) nach Maßgabe der Absätze 7 bis 9 des [§ 2 BEEG](#) zu berücksichtigen.

Die Beklagte hat zu Recht als Erwerbseinkommen aus Gewerbebetrieb für den Bemessungszeitraum aufgrund der im Jahr 2007 erzielten negativen Einkünfte einen Betrag von 0,00 EUR berücksichtigt und daneben für Einkommen aus abhängiger Beschäftigung einen Betrag von 2.628,80 EUR angesetzt.

Als Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit ist nach [§ 2 Abs. 7 Satz 1 BEEG](#) der um die auf dieses Einkommen entfallenden Steuern und die aufgrund dieser Erwerbstätigkeit geleisteten Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung in Höhe des gesetzlichen Anteils der beschäftigten Person einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung verminderte Überschuss der Einnahmen in Geld oder Geldeswert über die mit einem Zwölftel des Pauschbetrags nach [§ 9a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG](#) anzusetzenden Werbungskosten zu berücksichtigen. Diese Berechnung hat der Beklagte rechnerisch zutreffend ausgehend von den eingereichten Gehaltsabrechnungen, die nach [§ 2 Abs. 7 Satz 4 BEEG](#) Grundlage der Einkommensermittlung sind, vorgenommen. Auch die Klägerin erhebt insoweit keine Einwendungen. Soweit sie den Bemessungszeitraum beanstandet, wird auf die Ausführungen unter 3. verwiesen.

Daneben ist als Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit nach [§ 2 Abs. 8 Satz 1 BEEG](#) der um die auf dieses Einkommen entfallenden Steuern und die aufgrund dieser Erwerbstätigkeit geleisteten Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung verminderte Gewinn zu berücksichtigen. Grundlage der Einkommensermittlung ist der Gewinn, wie er sich aus einer mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#) entsprechenden Berechnung ergibt ([§ 2 Abs. 8 Satz 2 BEEG](#)). Kann der Gewinn danach nicht ermittelt werden, ist von den Einnahmen eine Betriebsausgabenpauschale in Höhe von 20 Prozent abzuziehen ([§ 2 Abs. 8 Satz 3 BEEG](#)).

Für den Bemessungszeitraum 2007 und für das Jahr 2008 liegen die abschließenden Berechnungen der Gewinne bzw. Verluste inzwischen vor. Diese sind dem Grunde nach auch hinsichtlich der Unternehmensbeteiligungen berücksichtigungsfähig. Soweit die Klägerin vorträgt, die Einkünfte aus Gewerbebetrieb beruhten nicht auf einer Erwerbstätigkeit, weshalb sie nicht zu berücksichtigen seien, verkennt sie die Anknüpfungsmerkmale des Elterngeldrechtes bei einer selbstständigen Tätigkeit. Das Gesetz sieht vor, dass als Einkommen aus Erwerbstätigkeit die Summe der positiven Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit im Sinne von [§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 EStG](#) zu berücksichtigen ist ([§ 2 Abs. 1 Satz 2 BEEG](#)). Die Gewinnanteile der Gesellschaft an einer Kommanditgesellschaft, bei der der Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) des Betriebes anzusehen ist, sind als Einkünfte aus Gewerbebetrieb legal definiert ([§ 2 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG](#)). Bei dem Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit besteht ein besonders starker Bezug zwischen dem Steuerrecht und dem Elterngeldrecht; aus diesem Grund ist auch das strenge Zuflussprinzip anzuwenden (vgl. BSG vom 5. April 2012, [a.a.O.](#), Rn. 30 ff.). Da allein auf den steuerrechtlichen Einkommensbegriff abgestellt wird, ist die von der Klägerin begehrte Herausrechnung von Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit danach, ob diese Tätigkeit zeitbezogen oder ohne (nennenswerten) Einsatz von Arbeitszeit ausgeübt wird, ausgeschlossen. Sie wäre auch nicht praktikabel, was für den Aspekt des Zuflussprinzips ausdrücklich geklärt wurde (vgl. BSG, a.a.O., Rn. 33). Dies veranschaulicht das vorliegende Verfahren schon deshalb besonders gut, weil die Klägerin in der Q. GmbH & Co. KG sowohl Gesellschafterin als auch Geschäftsführerin ist, dafür aber neben dem Hauptgeschäftsführer so gut wie keine Zeit aufwendet. Wollte man jedoch bei den berücksichtigungsfähigen Einkommen nach dem Elterngeld danach differenzieren, in welchem Umfang selbstständiges Einkommen auf zeitliche Arbeitskraft zurückzuführen ist, wären in jedem Einzelfall aufwendige Ermittlungen zur tatsächlichen Arbeitsleistung zu tätigen. Der strenge einkommensteuerrechtliche Bezug ermöglicht zu Recht eine verwaltungspraktikable Handhabung, die im Hinblick auf die zeitnahe Leistungsgewährung auch im Sinne der Antragsteller einzig sachgerecht erscheint.

3. Bemessungszeitraum ist das Veranlagungsjahr 2007 und nicht die 12 Monate vor der Geburt des Sohnes im Mai 2008. Zur Überzeugung des Senats ist die Regelung des [§ 2 Abs. 9 Satz 3 BEEG](#) anwendbar, wenn neben dem Einkommen aus nichtselbstständiger Tätigkeit schwankende und im maßgeblichen Veranlagungszeitraum nur negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen (anderer Ansicht Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 23. November 2011 – [L 12 EG 49/09](#) zitiert nach juris, anhängig BSG, Az.: [B 10 EG 2/12 R](#)).

Ist die dem zu berücksichtigenden Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit zugrundeliegende Erwerbstätigkeit sowohl während des gesamten für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes maßgeblichen Zeitraums als auch während des gesamten letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraums ausgeübt worden, gilt nach [§ 2 Abs. 9 Satz 1 BEEG](#) abweichend von Absatz 8 als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzieltes monatliches Einkommen aus dieser Erwerbstätigkeit der durchschnittlich monatlich erzielte Gewinn, wie er sich aus dem für den Veranlagungszeitraum ergangenen Steuerbescheid ergibt. Dies gilt nicht, wenn – hier nicht relevant – die berechnete Person im Veranlagungszeitraum Elterngeld für ein älteres Kind oder Mutterschaftsgeld nach der Reichsversicherungsordnung oder dem Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte bezogen hat oder wenn während der Schwangerschaft wegen einer maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückzuführenden Erkrankung Einkommen aus Erwerbstätigkeit ganz

oder teilweise weggefallen ist ([§ 2 Abs. 9 Satz 2 iVm § 2 Abs. 7 Satz 5](#) und 6 BEEG). Ist in dem für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes maßgeblichen Zeitraum zusätzlich Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit erzielt worden, ist [§ 2 Abs. 9 Satz 1 BEEG](#) nur anzuwenden, wenn die Voraussetzungen des [§ 2 Abs. 9 Satz 1](#) und 2 BEEG auch für die dem Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit zugrundeliegende Erwerbstätigkeit erfüllt sind. In diesen Fällen gilt als vor der Geburt durchschnittlich erzielter monatlicher Einkommen nach [§ 2 Abs. 7 BEEG](#) das in dem dem Veranlagungszeitraum nach [§ 2 Abs. 9 Satz 1 BEEG](#) zugrundeliegenden Gewinnermittlungszeitraum durchschnittlich erzielte monatliche Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit. Als auf den Gewinn entfallende Steuern ist bei Anwendung von [§ 2 Abs. 9 Satz 1 BEEG](#) der auf die Einnahmen entfallende monatliche Anteil der im Steuerbescheid festgesetzten Einkommensteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer anzusetzen.

Die Klägerin war als Kommanditistin an drei Gesellschaften sowohl während des gesamten für die Gewinnermittlung vor der Geburt des Kindes maßgeblichen Zeitraums als auch während des gesamten letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraums beteiligt. Sie hat für diese steuerrechtlich als Einkommen aus selbstständiger Arbeit bewerteten Einkünfte in beiden Zeiträumen keine nennenswerte Arbeitsleistung erbracht, weshalb nicht wegen erheblich schwankender Arbeitsleistung ein Rückgriff auf den steuerlichen Veranlagungszeitraum ausscheidet (vgl. BSG, Urteil vom 17. Februar 2011 – [B 10 EG 1/10 R](#) – zitiert nach juris). Im Jahr 2008 hat die Klägerin, wie sich in der Rückschau aus den steuerrechtlichen Unterlagen belegen lässt, positive Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt, und zwar ohne zeitliche Aufstockung ihrer Arbeitsleistung. Ihre nichtselbstständige Arbeit übte die Klägerin im gesamten Jahr 2007 und bis zur Geburt ihres Sohnes in zeitlich gleichem Umfang aus. Im letzten abgeschlossenen Veranlagungszeitraum vor der Geburt ihres Sohnes – im Kalenderjahr 2007 – bezog die Klägerin keine Leistungen im Sinne des [§ 2 Abs 7](#) Sätze 5 und [6 BEEG](#) (Mutterschaftsgeld, Einkommensausfall wegen schwangerschaftsbedingter Erkrankung oder tatsächlicher Elterngeldbezug für ein nach dem 31.12.2006 geborenes Kind). Damit gilt gemäß [§ 2 Abs. 9 Satz 1 BEEG](#) als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielter monatlicher Einkommen der durchschnittlich monatliche erzielte Gewinn aus der gewerblichen Tätigkeit, wie er sich aus dem Steuerbescheid für 2007 ergibt, und das im Veranlagungszeitraum durchschnittlich erzielte monatliche Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit. Im Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2007 ist ein Verlust der Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 64.708,00 EUR ausgewiesen. Steuern entfielen auf diesen Betrag nicht. Damit hatte die Klägerin keine berücksichtigungsfähigen Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Insgesamt betragen die anrechenbaren monatlichen Einkünfte der Klägerin nach Einkommensbereinigung im Sinne des BEEG allein aufgrund der abhängigen Beschäftigung durchschnittlich 2.628,80 EUR monatlich.

Unter Ansatz allein dieses Betrages käme nach [§ 2 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) Elterngeld in Höhe von 1.761,30 EUR zur Auszahlung, da der Anteil von 67 % des Einkommens als Elterngeld zu gewähren ist. Allerdings vermindert sich das Elterngeld nach [§ 2 Abs 3 BEEG](#), wenn – wie hier – nach der Geburt Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt wird.

4. Das im Bezugszeitraum erzielte Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit in Form von Unternehmensbeteiligungen und abhängiger Beschäftigung ist mindestens in Höhe des vom Beklagten berücksichtigten Betrages von 2.000,86 EUR monatlich bezogen auf das im Bemessungszeitraum erzielte Einkommen von 2.628,80 EUR monatlich leistungsmindernd anzurechnen. Für Monate nach der Geburt des Kindes, in denen die berechnete Person ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt, das durchschnittlich geringer ist als das nach [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) berücksichtigte durchschnittlich erzielte Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt, wird nach [§ 2 Abs. 3 Satz 1 BEEG](#) Elterngeld in Höhe des nach [§ 2 Abs. 1 oder 2 BEEG](#) maßgeblichen Prozentsatzes des Unterschiedsbetrages dieser durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit gezahlt. Als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielter monatlicher Einkommen aus Erwerbstätigkeit ist dabei höchstens der Betrag von 2.700,00 EUR anzusetzen ([§ 2 Abs 3 Satz 2 BEEG](#)). Nach der Geburt ihres Sohnes hatte die Klägerin vom 11. Mai 2008 bis 10. Mai 2009 nach Abzug der auf dieses Einkommen entfallenden Steuern, Sozialversicherungsbeiträge und der Werbungskostenpauschale Einkünfte aus nichtselbstständiger Beschäftigung in Höhe von 785,14 EUR erzielt. Gegen diese Anrechnung erhebt die Klägerin auch keine Einwendungen.

Neben ihrer abhängigen Beschäftigung erzielte die Klägerin außerdem positive Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Für die Zeit vom 11. Mai 2008 bis 31. Dezember 2008 berücksichtigte der Beklagte auf der Grundlage der eingereichten Unterlagen einen anteiligen Gewinn nach Abzug anteiliger Steuern auf der Grundlage der Gewinn- und Verlustrechnung von 9.884,10 EUR. Für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis 10. Mai 2009 berücksichtigte der Beklagte einen anteiligen Gewinn in Höhe von insgesamt 4.622,43 EUR. Damit sind jedenfalls nicht zu Lasten der Klägerin zu hohe Beträge leistungsmindernd berücksichtigt worden. Nach den Steuerbescheinigungen für das Jahr 2008 und 2009 erzielte die Klägerin tatsächliche Jahresgewinne aus Unternehmensbeteiligungen in Höhe von 23.142,00 EUR im Jahr 2008 und von 58.126,00 EUR im Jahr 2009. Selbst wenn diese Beträge um die tatsächlich erbrachten Steuervorauszahlungen (im Jahr 2008 insgesamt 16.136,00 EUR und im Jahr 2009 16.992,00 EUR) – also ohne Berücksichtigung der mehr als 40.000,00 EUR betragenden Steuergutschrift im Jahr 2008 – reduziert werden, ergibt sich ein berücksichtigungsfähiges Nettoeinkommen von 16.112,86 im Jahr 2008 und von 41.134,00 im Jahr 2009 allein aus selbstständiger Tätigkeit, was einem monatlich anrechenbaren Einkommen von 583,84 EUR aus 2008 und von 3.427,84 EUR im Jahr 2009 entspricht. Selbst wenn zu Gunsten der Klägerin bei einer pauschalen Berechnung von den vollen Monaten Mai 2008 bis April 2009 ausgegangen wird, hat die Klägerin damit ein monatliches Durchschnittseinkommen aus selbstständiger Tätigkeit von 1.531,84 EUR  $((8-583,83=4.670,64) + (4-3.427,84=13.711,36) =18382,00) /12=1.531,84$ ) verdient und damit deutlich mehr als vom Beklagten berücksichtigt. Der vom Beklagten angesetzte Durchschnittsbetrag aus Erwerbseinkommen von 2.000,86 EUR aus gemischter Tätigkeit (abhängiger und selbstständiger Beschäftigung) ist daher jedenfalls nicht zu hoch und das damit aus dem Differenzbetrag errechnete Elterngeld von 420,72 EUR (67 % aus 627,94 EUR) nicht zu Lasten der Klägerin zu niedrig bewilligt worden.

5. Die Rückforderung kann auf [§ 42 Abs. 2 Satz 2 SGB I](#) gestützt werden, da bei der Ursprungsbewilligung deutlich genug auf die an keine weiteren Voraussetzungen geknüpfte zwingende Erstattungspflicht (" ( ) . ggfs überzahltes Elterngeld ist von Ihnen zu erstatten") hingewiesen worden ist (vgl. BSG, Urteil vom 5. April 2012 – [B 10 EG 10/11 R](#) – Rn. 39 ff). Es kommt nicht darauf an, dass der Beklagte nach den Ausführungen im Widerspruchsbescheid später von der Notwendigkeit einer Vertrauensschutzprüfung bei der Überzahlung ausgegangen ist.

Eine Pflicht zur Erstattung des nach Maßgabe der endgültigen Feststellung überzahlten Elterngeldes ist in [§ 8 Abs. 3 BEEG](#) nicht geregelt, auch auf die allgemeinen Erstattungsbestimmungen in [§ 50 SGB X](#) kann nicht ohne Weiteres zurückgegriffen werden. (BSG, Urteil vom 5. April 2012 – [B 10 EG 10/11 R](#) – Rn. 39). [§ 50 Abs. 1 SGB X](#) ist nicht einschlägig, weil bei einer endgültigen Leistungsbewilligung der Verwaltungsakt über die vorläufige Zahlung nicht aufzuheben ist; vielmehr erledigt sich dieser damit im Sinne von [§ 39 Abs. 2 SGB X](#) auf andere Weise (BSG, aaO, mwN). Ebenso wenig sind die Voraussetzungen des [§ 50 Abs. 2 SGB X](#) unmittelbar gegeben, weil das Elterngeld

der Klägerin nicht ohne Verwaltungsakt, sondern aufgrund des Bescheides vom 19. September 2008 vorläufig erbracht worden ist.

Das BSG hat zwar festgestellt, dass dem Zusammenspiel von [§ 50 Abs. 1](#) und 2 SGB X entnommen werden kann, dass grundsätzlich einer Leistungsrückforderung - wenn nicht Spezialregelungen etwas anderes vorschreiben - an irgendeiner Stelle des Verfahrens grundsätzlich eine Vertrauensschutz- und/oder Ermessensprüfung im Sinne der [§§ 45, 48 SGB X](#) voranzugehen hat. Selbst wenn bei der Elterngeldbewilligung an sich auch im Rahmen des [§ 8 Abs. 3 BEEG](#) ein Rückgriff auf [§ 50 Abs. 2 SGB X](#) nahe liegt, ist nach der Rechtsprechung des 10. Senats des BSG als Ermächtigungsgrundlage für die Erstattungsforderung der Behörde jedoch in erster Linie [§ 42 Abs. 2 Satz 2 SGB I](#) zur Lückenfüllung bei vorläufig gewährten Leistungen heranzuziehen (BSG, aaO, Rn. 41 unter Hinweis auf BSG, Urteil vom 12. Mai 1992 - [2 RU 7/92](#) - (entsprechende Anwendung der Vorschussregelung auf Waisenrente) und BSG, Urteil vom 16. November 1995 - [4 RLw 4/94](#) (Beitragszuschuss) zitiert jeweils nach juris). Nach [§ 42 Abs. 1 SGB I](#) kann der zuständige Leistungsträger Vorschüsse zahlen, wenn ein Anspruch auf eine Geldleistung dem Grunde nach besteht und zur Feststellung seiner Höhe voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist. Gemäß [§ 42 Abs. 2 Satz 1 SGB I](#) sind die Vorschüsse auf die zustehende Leistung anzurechnen und nach [§ 42 Abs. 2 Satz 2 SGB I](#) zu erstatten, wenn die Vorschüsse die zustehende Leistung übersteigen. Ein unmittelbarer Anwendungsfall dieser Norm liege zwar - so die Rechtsprechung des BSG zur vorläufigen Elterngeldgewährung - nicht vor, weil die Zahlung auf der Grundlage der Ursprungsbewilligung nicht gemäß [§ 42 Abs. 1 SGB I](#) als Vorschuss, sondern aufgrund einer vorläufigen Bewilligung nach [§ 8 Abs. 3 BEEG](#) erfolge. Der Sache nach handele es sich bei der vorläufigen Zahlung von Elterngeld ([§ 8 Abs. 3 BEEG](#)) jedoch praktisch um einen Vorschuss im Sinne des [§ 42 SGB I](#). Beide Zahlungen setzten voraus, dass ein Geldleistungsanspruch dem Grunde nach bestehe und eine endgültige Festsetzung der Höhe noch nicht erfolgen könne. Auch die Interessenlage sei in beiden Fällen vergleichbar. Hier wie dort ginge es um die Beschleunigung der Leistungsgewährung im Interesse des Berechtigten, was von vornherein mit dem Risiko einer Überzahlung verbunden sei. Sei dem Empfänger einer solchen Leistung klar, dass er zu viel gezahlte Beträge zurückzuerstatten habe, bedürfe er - nach der dem [§ 42 Abs. 2 Satz 2 SGB I](#) zugrunde liegenden Wertung des Gesetzgebers - keines besonderen Schutzes. Der Senat schließt sich nach eigener Prüfung dieser Rechtsprechung an, da sie sachgerecht die Interessen der Verwaltung und der Leistungsempfänger ausgleicht: Einerseits ist es das gesetzlich verankerte Anliegen des BEEG, Elterngeld in der Kleinkindphase auch bei unklaren Einkommensverhältnissen schnell zu bewilligen und ggf. auch in einem Umfang auszuzahlen, der sich nachträglich als zu hoch erweist und von den Elterngeldstellen dann unkompliziert zurückgefordert werden kann. Andererseits muss dem Einzelnen bei der Entgegennahme der Leistungen bewusst sein bzw. von der Verwaltung unzweifelhaft deutlich gemacht werden, dass die Leistungen ohne weitere Vertrauensschutzprüfung zurückgezahlt werden müssen.

Die Klägerin war auch nicht aufgrund besonderer Umstände nicht in der Lage, die Bedeutung einer potentiellen Überzahlung für ihre Rückzahlungsverpflichtung zu erkennen. Sie hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass sie damit gerechnet habe, etwas zurückzahlen zu müssen, weil die Einkünfte aus Gewerbebetrieb in den unterschiedlichen Zeiträumen unterschiedlich hoch gewesen seien. Der Beklagte hat auf Nachfrage der Klägerin auch entsprechende Angaben gemacht und schließlich mit Schreiben vom 11. November 2008 im Rahmen des Widerspruchsverfahrens diesen Sachverhalt noch einmal ausdrücklich erläutert. Dass die gesetzlichen Regelungen zu der Einkommensanrechnung im Bezugszeitraum und zu den Berechnungsgrundlagen vor allem bei gemischten Einkünften kompliziert sind, ist nicht dem Beklagten anzulasten. Angesichts der Komplexität der Berechnungen zeichnen sich die Bescheide des Beklagten - etwa im Vergleich zu anderen Leistungssystemen wie der Grundsicherung für Arbeitsuchende - sogar durch besondere Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit aus.

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

Die Revision ist wegen der Fragen zum Bemessungszeitraum und zur Bemessungsgrundlage bei negativen Einkünften aus Gewerbebetrieb in Form von Unternehmensbeteiligungen zugelassen worden ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).

- - -  
Rechtskraft  
Aus  
Login  
SHS  
Saved  
2013-04-03