

B 10 EG 2/12 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung

10
1. Instanz
SG Würzburg (FSB)
Aktenzeichen
S 4 EG 23/08

Datum
04.05.2009
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 12 EG 49/09

Datum
23.11.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 10 EG 2/12 R

Datum
27.06.2013
Kategorie
Urteil

Leitsätze

Der im Steuerbescheid für den letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum ausgewiesene Gewinn aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit darf nur dann der Bemessung des Elterngelds zugrunde gelegt werden, wenn es sich um positive Einkünfte handelt.

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 23. November 2011 wird zurückgewiesen. Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin auch für das Revisionsverfahren.

Gründe:

I

1 Streitig ist die Höhe des Elterngeldes der Klägerin nach dem Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz (BEEG).

2 Die Klägerin übte vor der Geburt ihrer Tochter J. am 8.12.2007 eine nichtselbstständige Erwerbstätigkeit (Vollzeitbeschäftigung) aus. Zugleich war sie an dem Betrieb einer Photovoltaikanlage auf ihrem privaten Wohnhaus zur Hälfte beteiligt. Aus dem Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2006 ergeben sich insoweit "Einkünfte aus Gewerbebetrieb als Einzelunternehmer" in Höhe von minus 68 Euro.

3 Am 15.1.2008 beantragte die Klägerin beim beklagten Freistaat die Gewährung von Elterngeld. Dabei gab sie an, sie werde mit dem Betrieb der Photovoltaikanlage voraussichtlich einen durchschnittlichen monatlichen Gewinn von 5,27 Euro erzielen.

4 Mit Bescheid vom 5.3.2008 bewilligte der Beklagte der Klägerin vorläufig Elterngeld in Höhe von 207,35 Euro für den zweiten Lebensmonat und in Höhe von 1285,50 Euro für den dritten bis zwölften Lebensmonat des Kindes. Der Berechnung legte er gemäß [§ 2 Abs 9 BEEG](#) das Einkommen der Klägerin aus dem letzten steuerlichen Veranlagungszeitraum (Jahr 2006) zugrunde. Dagegen legte die Klägerin Widerspruch ein: Da sie mit der Photovoltaikanlage auch im Jahr 2007 nur Verluste erzielt habe, sei [§ 2 Abs 9 BEEG](#) nicht anwendbar. Dies sei nur dann der Fall, wenn der Elterngeldberechtigte positive Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Land- und Forstwirtschaft oder selbstständiger Arbeit erzielt habe. Dementsprechend seien in ihrem Fall allein ihre Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit gemäß [§ 2 Abs 7 BEEG](#) zu berücksichtigen. Diesen Widerspruch wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 21.5.2008 zurück.

5 Das von der Klägerin daraufhin angerufene Sozialgericht Würzburg (SG) hat den Beklagten verurteilt, den angefochtenen Bescheid abzuändern sowie der Klägerin Elterngeld für J. nach den Vorschriften des [§ 2 Abs 1 bis 7 BEEG](#) zu gewähren und die Differenz zur bisherigen Zahlung nachzuzahlen (Urteil vom 4.5.2009). Dieses Urteil hat der Beklagte mit Bescheid vom 15.10.2009 vorläufig ausgeführt. Aufgrund des von 1285,50 Euro auf 1510,25 Euro erhöhten monatlichen Zahlungsbetrages (ohne Anrechnungsbeträge) ergab sich eine Nachzahlung an die Klägerin in Höhe von 2283,75 Euro.

6 Das Bayerische Landessozialgericht (LSG) hat die vom Beklagten gegen die erstinstanzliche Entscheidung eingelegte Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 23.11.2011). Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Anspruchsvoraussetzungen nach [§ 1 Abs 1 BEEG](#) lägen vor, wie auch der Beklagte zu Recht festgestellt habe. Zwischen den Beteiligten sei allein die Höhe des Elterngeldes streitig, die sich nach [§ 2 BEEG](#) richte. Vorliegend sei bereits grundsätzlich fraglich, ob überhaupt Einkommen aus Gewerbebetrieb iS des [§ 2 Abs 8 oder Abs 9 BEEG](#) vorliege. Jedenfalls habe die Klägerin aus Gewerbebetrieb (Betrieb einer Photovoltaikanlage) nur Verluste aufzuweisen. Deswegen lägen keine zu berücksichtigenden Einkünfte aus Gewerbebetrieb vor, die bei der Berechnung des Elterngeldes zugrunde zu

legen seien. Dies ergebe sich zunächst aus [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#), der als zu berücksichtigendes Einkommen die Summe der positiven Einkünfte aus Land und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Tätigkeit und nichtselbstständiger Tätigkeit bestimme. In [§ 2 Abs 7, 8 und 9 BEEG](#) werde der Begriff "zu berücksichtigendes" Einkommen wiederholt und von "erzieltem Gewinn" sowie "zusätzlich erzielt" Einkommen gesprochen. Daraus folge, dass im Bereich des BEEG anders als im Einkommensteuerrecht negative Einkünfte und die den negativen Einkünften zugrundeliegenden Tätigkeiten keine Rolle spielten. Für die Auffassung des Beklagten, dass der Begriff "positive Einkünfte" einschränkend dahin auszulegen sei, dass nur kein Verlustausgleich mit anderen Einkunftsarten möglich sei, ergäben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte. Das Auslegungsergebnis des Senats entspreche auch dem Sinn und Zweck des BEEG, dessen Ziel es vor allem sei, mit dem Elterngeld Familien bei der Sicherung ihrer Lebensgrundlage zu unterstützen, wenn sich die Eltern vorrangig um die Betreuung ihrer Kinder kümmern.

7 Mit seiner vom LSG zugelassenen Revision rügt der Beklagte eine Verletzung des [§ 2 Abs 9 S 1 und 3 BEEG](#). Dazu trägt er im Wesentlichen vor:

Nach dem Wortlaut des [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) müsse die dem zu berücksichtigenden Einkommen 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 sein. Maßgebend sei damit allein, dass die betreffende Erwerbstätigkeit durchgängig ausgeübt worden sei. Mit der gleichzeitigen Bezugnahme auf die zu berücksichtigenden Einkommen werde nur ausgesagt, dass es auf die genannten Einkunftsarten ankomme, andere Einkunftsarten dagegen nicht zu berücksichtigen seien. Anderenfalls hätte das Gesetz anstelle von "zu berücksichtigendem Einkommen" den Begriff der "Summe der positiven Einkünfte" übernommen.

8 Gegen die Auffassung des LSG, es liege kein Einkommen aus Gewerbebetrieb vor, da die Klägerin nur Verluste aufzuweisen habe, sprächen auch systematische Erwägungen. Die Frage, ob positive Einkünfte iS von [§ 2 Abs 1 S 1 BEEG](#) vorlägen, bemesse sich nach Maßgabe der Absätze 7 bis 9. Ob positive Einkünfte vorlägen, könne daher nur festgestellt werden, wenn vorher bestimmt worden sei, für welchen Zeitraum diese zu ermitteln seien. Systematisch sei daher zu unterscheiden zwischen der Ermittlung der Höhe der Einkünfte und dem Zeitraum, für den diese Ermittlung erfolge. Dieser Zeitraum müsse vorab festgelegt werden. Erst dann könne das Einkommen ermittelt werden. Eine Günstigerprüfung für alle in Betracht kommenden Zeiträume sehe das Gesetz nicht vor.

9 Nach der Auslegung der Vorinstanzen müssten stets die Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Zwölfmonatszeitraum vor dem Monat der Geburt ermittelt werden, um überhaupt beurteilen zu können, ob positive Einkünfte in den ausgeübten Erwerbstätigkeiten erzielt worden seien. Auch für den Fall, dass im Zwölfmonatszeitraum negative Einkünfte erzielt worden seien, wäre unter Zugrundelegung dieser Auslegung eine Anwendung des [§ 2 Abs 9 BEEG](#) ausgeschlossen. Dies würde der mit dieser Vorschrift verfolgten Zielsetzung der Verwaltungsvereinfachung widersprechen, wonach die Anwendbarkeit des [§ 2 Abs 9 BEEG](#) eine gesonderte elterngeldrechtliche Einkommensermittlung nach [§ 2 Abs 8 BEEG](#) vermeiden solle.

10 Soweit das LSG auf den Sinn und Zweck des Elterngeldes abgestellt habe, beziehe sich dies auf den allgemeinen Zweck des Elterngeldes, nicht jedoch auf den konkreten Zweck der einschlägigen Normen. Zweck des [§ 2 Abs 9 BEEG](#) sei das Bedürfnis nach einer einfachen und praxisgerechten Möglichkeit der Einkommensermittlung. Auch nach der Rechtsprechung des BSG erfolge der Rückgriff auf den Steuerbescheid des letzten abgeschlossenen Veranlagungszeitraums aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung. Dieser Gesetzeszweck bleibe im angefochtenen Urteil unerwähnt. Systematisch gehe aber der Zweck der konkreten Regelung dem allgemeinen Zweck der Leistung vor.

11 Der Beklagte beantragt, die Urteile des Bayerischen Landessozialgerichts vom 23. November 2011 und des Sozialgerichts Würzburg vom 4. Mai 2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

12 Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

13 Sie schließt sich dem angefochtenen Urteil an. Ergänzend macht sie geltend: Es laufe dem Wortlaut des [§ 2 BEEG](#) zuwider, wenn man der Argumentation des Beklagten folgen wolle, die Legaldefinition des [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) habe in Abs 9 derselben Norm keine Geltung mehr. Vielmehr beziehe sich Abs 9 ausdrücklich auf "das zu berücksichtigende Einkommen". Dieser Begriff werde in [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) definiert.

14 Der Betrieb einer Photovoltaikanlage sei zwar steuerrechtlich ein Gewerbe, stelle jedoch keine auszuübende Erwerbstätigkeit dar. Eine Gewerbeanmeldung sei nicht erforderlich. Entsprechend fielen etwaige Einkünfte mit der Geburt des Kindes nicht weg. Das Einkommen aus der Photovoltaikanlage unterfalle damit nicht den Entgeltersatzleistungen. Daher seien die Einkünfte daraus wie Einkünfte aus Kapitalvermögen zu betrachten und unberücksichtigt zu lassen.

15 Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt ([§ 124 Abs 2 SGG](#)).

II

16 Die Revision des Beklagten ist zulässig, aber unbegründet.

17 Einer Sachentscheidung des erkennenden Senats stehen keine prozessualen Hindernisse entgegen. Klage und Berufung sind zulässig. Die Berufung ist nach dem im Zeitpunkt ihrer Einlegung (12.6.2009) geltenden Recht ohne Zulassung statthaft, denn der Wert des Beschwerdegegenstandes überstieg mit 2283,75 Euro (Mehrbetrag des Elterngeldes ausweislich des Ausführungsbescheides des Beklagten vom 15.10.2009) die in [§ 144 Abs 1 S 1 Nr 1 SGG](#) (i d F des Gesetzes zur Änderung des SGG und des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 26.3.2008 ([BGBl I 444](#))) festgelegte Grenze von 750 Euro. Die Klage ist als kombinierte Anfechtungs und Verpflichtungsklage ([§ 54 Abs 1 S 1 SGG](#)) statthaft.

18 Die Revision des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Auf der Grundlage seiner insoweit nicht angegriffenen und damit für das Revisionsgericht bindenden tatsächlichen Feststellungen ([§ 163 SGG](#)) hat das LSG die Berufung des Beklagten gegen das dem

Klageanspruch stattgebende Urteil des SG zu Recht zurückgewiesen. Es ist revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden, dass der Beklagte verurteilt worden ist, das Elterngeld der Klägerin ohne Anwendung des [§ 2 Abs 9 BEEG](#) zu berechnen.

19 Gegenstand der Klage ist der Bescheid des Beklagten vom 5.3.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.5.2008. Dass darin der Klägerin das Elterngeld gemäß [§ 8 Abs 3 BEEG](#) vorläufig gewährt worden ist und eine endgültige Festsetzung der Höhe dieser Leistung durch den Beklagten noch nicht erfolgt ist, hindert eine gerichtliche Entscheidung über die Höhe des Anspruchs nicht. Der Zulässigkeit der Klage steht insbesondere nicht entgegen, dass die vorläufige Entscheidung des Beklagten noch nicht durch eine endgültige ersetzt worden ist, denn die Bewilligung vorläufiger Leistungen nach [§ 8 Abs 3 BEEG](#) ist ein eigenständiger Verwaltungsakt iS des [§ 31 S 1 SGB X](#), der gesondert mit Widerspruch und Klage angefochten werden kann (s BSG Urteil vom 5.4.2012 B [10 EG 6/11](#) R SozR 4 7837 § 2 Nr 15 RdNr 13 mwN).

20 Der Bescheid des Beklagten vom 15.10.2009 gehört nicht zum Streitgegenstand, denn es handelt sich um einen bloßen Ausführungsbescheid, mit dem der Beklagte das Urteil des SG umgesetzt hat, ohne zuvor versucht zu haben, wegen seines Rechtsmittels der Berufung eine Aussetzung der Vollziehung des Urteils des SG zu erwirken (s [§ 199 Abs 2 SGG](#)). Der Ausführungsbescheid vom 15.10.2009 ist nicht gemäß [§ 96 SGG](#) Gegenstand des seit dem 12.6.2009 anhängigen Berufungsverfahrens geworden, denn er hat den Bescheid vom 5.3.2008 weder abgeändert noch ersetzt (vgl zB BSG Urteil vom 11.12.2007 B 8/9b SO 20/06 R SozR 4 3500 § 90 Nr 1 RdNr 12 mwN). Das zeigt sich insbesondere daran, dass der Beklagte mit seiner Berufung den Bescheid vom 5.3.2008 verteidigt und die Klägerin im Ausführungsbescheid vom 15.10.2009 zutreffend darauf hingewiesen hat, durch diesen Bescheid werde das anhängige Berufungsverfahren nicht beendet.

21 Der Anspruch der Klägerin auf Elterngeld richtet sich nach den am 1.1.2007 in Kraft getretenen Vorschriften des BEEG vom 5.12.2006 ([BGBl I 2748](#)). Die für die Entscheidung maßgebenden Bestimmungen der [§§ 1](#) und [2 BEEG](#) sind durch die bis zur Geburt des Kindes am 8.12.2007 erfolgten Änderungen durch das Gesetz vom 19.8.2007 ([BGBl I 1970](#)) nicht betroffen. Durch das Gesetz vom 17.1.2009 ([BGBl I 61](#)) ist zwar eine Änderung des [§ 2 Abs 7 BEEG](#) erfolgt. Bei dessen Inkrafttreten am 24.1.2009 war jedoch der vorliegend betroffene Elterngeldzahlungszeitraum bis zum zwölften Lebensmonat des am 8.12.2007 geborenen Kindes bereits beendet (vgl zuletzt BSG Urteil vom 21.2.2013 B [10 EG 12/12](#) R SozR 4 7837 § 2 Nr 19 RdNr 23 mwN).

22 Nach den bindenden (s [§ 163 SGG](#)) tatsächlichen Feststellungen des LSG erfüllt die Klägerin die Grundvoraussetzungen für den Anspruch auf Elterngeld gemäß [§ 1 Abs 1 BEEG](#).

23 Für die hier allein streitige Höhe des Elterngeldanspruchs der Klägerin ist [§ 2 BEEG](#) maßgebend. Nach dessen Abs 1 S 1 wird Elterngeld in Höhe von 67 % des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1800 Euro monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechtigte Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. Als Einkommen aus Erwerbstätigkeit ist nach [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) die Summe der positiven Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit iS von [§ 2 Abs 1 S 1 Nr 1 bis 4 EStG](#) nach Maßgabe der Abs 7 bis 9 zu berücksichtigen. Die für die Ermittlung des Einkommens weiter einschlägigen Bestimmungen enthält bei nichtselbstständiger Arbeit im Prinzip [§ 2 Abs 7 BEEG](#), während das zu berücksichtigende Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder selbstständiger Arbeit nach Maßgabe der Abs 8 oder 9 (uU in Verbindung mit einzelnen Bestimmungen des Abs 7) zu ermitteln ist.

24 Nach [§ 2 Abs 7 S 1 BEEG](#) ist als Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit 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 1/12 des Pauschbetrags nach [§ 9a S 1 Nr 1 Buchst a EStG](#) (idF des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 14.8.2007 ([BGBl I 1912](#))) anzusetzenden Werbungskosten zu berücksichtigen.

25 [§ 2 Abs 8 S 1 BEEG](#) stellt den Grundsatz auf, dass als Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit der (um Steuern, Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung und Beiträge zur Arbeitslosenversicherung verminderte) Gewinn zu berücksichtigen ist (sog Bemessungseinkommen). Dabei ist grundsätzlich, wie für das Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit, gemäß [§ 2 Abs 1 S 1 BEEG](#) auf die zwölf Kalendermonate vor dem Monat der Geburt des Kindes abzustellen (Bemessungszeitraum). Abweichend von [§ 2 Abs 1 S 1](#) und [Abs 8 BEEG](#) bestimmt [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielt es monatliches Einkommen aus Erwerbstätigkeit den durchschnittlich monatlich erzielten Gewinn, wie er sich aus dem für den letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum ergangenen Steuerbescheid ergibt, wenn die dem zu berücksichtigenden Einkommen 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 ist. Diese Fiktion des Bemessungszeitraums tritt nach [§ 2 Abs 9 S 2 BEEG](#) nicht ein, wenn im Veranlagungszeitraum die Voraussetzungen des [§ 2 Abs 7 S 5](#) oder [6 BEEG](#) vorgelegen haben, also Elterngeld für ein älteres Kind oder Mutterschaftsgeld bezogen worden ist und/oder Einkommen aus Erwerbstätigkeit wegen einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung ganz oder teilweise weggefallen ist.

26 Ob die Revision des Beklagten schon allein deshalb unbegründet ist, weil die Klägerin wie diese meint in den zwölf Monaten vor dem Monat der Geburt des Kindes und im letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum des Jahres 2006 durch das Betreiben der Photovoltaikanlage mangels persönlicher Arbeitsleistung kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit iS des [§ 2 Abs 1 S 1 BEEG](#) erzielt hat, lässt der Senat offen. Zwar bedeutet nach dem natürlichen Wortsinn Erwerbstätigkeit die regelmäßige Ausübung persönlicher Arbeit zur Erzielung von Einkommen (Fuchsloch/Scheiwe, Leitfaden Elterngeld, RdNr 82; Irmen in Hambüchen, Elterngeld/Elternzeit/Kindergeld, Stand Dezember 2009, [§ 1 BEEG](#) RdNr 85 mwN; Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und BEEG, 8. Aufl 2008, [§ 1 BEEG](#) RdNr 78; BSG Urteil vom 13.5.1998 B [14 EG 2/97](#) R SozR 3 7833 § 2 Nr 6 S 29). Diese Bedeutung hat der Senat bei der Auslegung des [§ 1 Abs 1 Nr 4](#), [Abs 6 BEEG](#) zugrunde gelegt (vgl BSG Urteil vom 29.8.2012 B [10 EG 7/11](#) R SozR 4 7837 § 1 Nr 3). Bei der Berechnung der Höhe des Elterngeldes ist jedoch [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) einschlägig, wonach als Einkommen aus Erwerbstätigkeit (iS des Satzes 1) die Summe der positiven Einkünfte aus Land und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit iS von [§ 2 Abs 1 S 1 Nr 1 bis 4 EStG](#) zu berücksichtigen ist. Durch diese Legaldefinition werden alle positiven Einkünfte aus den genannten steuerlichen Einkunftsarten als Einkommen aus Erwerbstätigkeit erfasst.

27 Für diese Auslegung spricht besonders die Entwicklung, die gerade [§ 2 Abs 1 BEEG](#) bis heute genommen hat. Durch das Gesetz vom 9.12.2010 ([BGBl I 1885](#)) sind in Satz 2 dieser Vorschrift die Worte "im Inland zu versteuernden" eingefügt worden. Das Gesetz vom 10.9.2012 ([BGBl I 1878](#)) hat [§ 2 BEEG](#) völlig umgestaltet. In Absatz 1 Satz 2 ist nunmehr bestimmt, dass sich das Einkommen aus Erwerbstätigkeit aus der um die dort genannten Abzüge verminderten Summe der positiven Einkünfte errechnet, die im Inland zu versteuern sind. Diese Weiterentwicklung unterstreicht die schon in der Erstfassung des [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) erkennbare und im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich erklärte (s BT Drucks 16/2785 S 37) Anbindung des elterngeldrechtlichen Einkommensbegriffs an das Einkommensteuerrecht.

28 Behandelt man die Einkünfte der Klägerin aus dem Betrieb einer Photovoltaikanlage, die steuerrechtlich als Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach [§ 15 EStG](#) angesehen werden, grundsätzlich als Einkommen aus Erwerbstätigkeit iS des [§ 2 BEEG](#), so führen sie entgegen der Ansicht des Beklagten hier nicht zu einer Bestimmung des Bemessungseinkommens nach [§ 2 Abs 9 BEEG](#). Diese Vorschrift lautet: Ist die dem zu berücksichtigenden Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit zu Grunde liegende 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 abweichend von Absatz 8 als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielter monatlicher Gewinn, wie er sich aus dem für den Veranlagungszeitraum ergangenen Steuerbescheid ergibt. Dies gilt nicht, wenn im Veranlagungszeitraum die Voraussetzungen des Absatzes 7 Satz 5 und 6 vorgelegen haben. Ist in dem für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes maßgeblichen Zeitraum zusätzlich Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit erzielt worden, ist Satz 1 nur anzuwenden, wenn die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 auch für die dem Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit zugrundeliegende Erwerbstätigkeit erfüllt sind; in diesen Fällen gilt als vor der Geburt durchschnittlich erzielter monatlicher Gewinn nach Absatz 7 das in dem dem Veranlagungszeitraum nach Satz 1 zu Grunde liegenden Gewinnermittlungszeitraum durchschnittlich erzielte monatliche Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit. Als auf den Gewinn entfallende Steuern ist bei Anwendung von Satz 1 der auf die Einnahmen entfallende monatliche Anteil der im Steuerbescheid festgesetzten Einkommensteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer anzusetzen.

29 Nach dem Verständnis des Senats setzt diese Regelung zunächst voraus, dass die dem zu berücksichtigenden Einkommen zugrundeliegende Erwerbstätigkeit sowohl während des Zwölfmonatszeitraums vor der Geburt als auch während des letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraums ausgeübt worden ist, wobei nach der Rechtsprechung des BSG die entsprechende Tätigkeit in beiden Zeiträumen der Art und dem Umfang nach im Wesentlichen gleich gewesen sein muss (vgl BSG Urteil vom 3.12.2009 B [10 EG 2/09](#) R SozR 4 7837 § 2 Nr 5). Darüber hinaus kommt [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) ausdrücklich nur dann zum Tragen, wenn sich aus dem danach maßgebenden Steuerbescheid ein "Gewinn" ergibt, also positive Einkünfte iS des [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#). Für diese Auslegung sind folgende Erwägungen maßgebend:

Es ist dem Beklagten einzuräumen, dass der Wortlaut des [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) insoweit nicht eindeutig ist. Soweit darin von "dem zu berücksichtigenden Einkommen" die Rede ist, liegt es zwar nahe, auf die Regelung des [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) zurückzugreifen, wonach als Einkommen aus Erwerbstätigkeit ua die Summe der positiven Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu berücksichtigen ist. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf diese Vorschrift enthält [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) jedoch nicht. Da im Vordergrund der Regelung im ersten Teil des [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) ein Vergleich der zugrundeliegenden Erwerbstätigkeit steht, kann in diesem Zusammenhang auch ein der Art nach zu berücksichtigendes Einkommen gemeint sein. Der Begriff des Gewinns im zweiten Teil des [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) ist ebenfalls an sich unscharf. Er kann insbesondere im Rahmen des [§ 4 EStG](#) auch Verlust bedeuten (vgl Schmidt/Heinicke, EStG, 32. Aufl 2013, § 4 RdNr 2).

30 Die Systematik des [§ 2 BEEG](#) legt es nahe, den Begriff des zu berücksichtigenden Einkommens im ersten Teil des [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) allgemein zu verstehen. Wollte man an dieser Stelle der Prüfung bereits positive Einkünfte verlangen, wäre diese Vorschrift worauf der Beklagte zutreffend hinweist kaum sachgerecht zu handhaben. Die Ermittlung von Einkünften muss sich auf einen Zeitraum beziehen, der im Rahmen des [§ 2 Abs 9 BEEG](#) erst festgelegt werden soll. Dafür ist nach dieser Vorschrift zunächst die Erwerbstätigkeit zu betrachten, die dem Einkommen aus Land und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder selbstständiger Arbeit zugrunde liegt. Dabei reicht es aus, dass das Einkommen der Art nach zu einer der genannten Einkunftsarten gehört.

31 Anders verhält es sich mit dem im zweiten Teil des [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) verwendeten Begriff "Gewinn". Dabei muss es sich nach der Systematik des [§ 2 BEEG](#) um positive Einkünfte iS des [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) handeln. Denn nur solche sind bei der Bestimmung des Bemessungseinkommens zu berücksichtigen. Der Begriff des Gewinns in [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) entspricht insoweit der Bedeutung, die er in [§ 2 Abs 8 BEEG](#) hat. An dieser Grundsatznorm für die Ermittlung des Einkommens aus Land und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit hat sich in dieser Beziehung auch die Ausnahmeregelung des [§ 2 Abs 9 BEEG](#) zu orientieren.

32 Der Begriff der "positiven" Einkünfte ist seit Inkrafttreten des BEEG und bis zur heute noch geltenden Fassung des [§ 2 Abs 1 BEEG](#) konstitutives Element eines über das Steuerrecht hinaus besonders geprägten elterngeldrechtlichen Einkommensbegriffs (vgl nur Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 29.5.2012 zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs, BT Drucks 17/9841 S 18 unter Hinweis auf BT Drucks 16/2785 S 37). Er schließt die spezifisch steuerrechtliche Möglichkeit des Verlustausgleichs zwischen verschiedenen Einkunftsarten vertikaler Verlustausgleich aus (s insbesondere BT Drucks 16/2785 S 37 linke Spalte unten zu § 2; Irmen in Hambüchen, aaO, § 2 RdNr 21; Jaritz in Roos/Bieresborn, MuSchG, [§ 2 BEEG](#) RdNr 79), lässt aber den sog horizontalen Verlustausgleich als Möglichkeit des Ausgleichs von Verlusten innerhalb einer Einkunftsart zu (s Irmen, aaO). Nach dem erklärten Willen des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, dem im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht widersprochen worden ist, sollen durch den genannten Ausschluss eines Verlustausgleichs bei der Einkommensermittlung vor der Geburt Verluste beispielsweise aus selbstständiger Arbeit nicht ein für daneben erzielter Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit gewährtes Elterngeld reduzieren oder ausschließen. Andererseits sollen aber auch bei der Einkommensermittlung nach der Geburt steuerrechtlich zulässige Gestaltungsoptionen nicht den Bezug eines deutlich erhöhten Elterngeldes ermöglichen (BT Drucks 16/2785, aaO).

33 Diesem Verständnis des Begriffs "Gewinn" in [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) entspricht es, dass [§ 2 Abs 9 S 3 BEEG](#) darauf abstellt, dass in dem für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes maßgeblichen Zeitraum "zusätzlich" Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit erzielt worden ist. Von einem zusätzlichen Einkommen kann man nämlich nur dann sprechen, wenn sich gemäß [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) ein zu berücksichtigendes Einkommen aus Land und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder selbstständiger Arbeit ergibt. Diese Vorschrift verhindert

zugleich, dass für das Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit entgegen [§ 2 Abs 1 S 1, Abs 7 BEEG](#) auch dann der letzte Veranlagungszeitraum zugrunde gelegt wird, wenn daneben kein Einkommen aus einer der anderen Einkommensarten zu berücksichtigen ist.

34 Entgegen der Ansicht des Beklagten lässt sich aus [§ 8 BEEG](#) nicht herleiten, dass [§ 2 Abs 9 BEEG](#) auch dann anzuwenden ist, wenn aus den betreffenden Einkunftsarten nur Verluste erzielt worden sind. Liegt in Fällen, in denen eine Anwendung des [§ 2 Abs 9 BEEG](#) in Betracht kommt, für den letzten Veranlagungszeitraum noch kein Steuerbescheid vor, hat nach [§ 8 Abs 3 S 1 BEEG](#) eine vorläufige Bewilligung zu erfolgen, die sich nach dem glaubhaft gemachten Einkommen aus Erwerbstätigkeit richtet. Unabhängig davon, wie das vorläufige Elterngeld berechnet wird, bleibt dem Beklagten jedenfalls ein Vorgehen nach [§ 2 Abs 9 BEEG](#) vorbehalten, wenn sich aus dem später vorgelegten Steuerbescheid ein Gewinn ergibt.

35 Der Beklagte betont zwar zutreffend, dass [§ 2 Abs 9 BEEG](#) der Verwaltungsvereinfachung dienen soll (vgl dazu BSG Urteil vom 3.12.2009 B 10 EG 2/09 R SozR 4 7837 § 2 Nr 5 RdNr 37). Diese Zweckbestimmung gilt jedoch, wie sich dieser Vorschrift selbst entnehmen lässt, nicht uneingeschränkt. Der Gesetzgeber hat [§ 2 Abs 9 BEEG](#) vielmehr als Ausnahmeregelung zu [§ 2 Abs 8 BEEG](#) für Fälle vorgesehen, in denen die Bezugnahme auf den letzten Veranlagungszeitraum anstelle der zwölf Kalendermonate vor dem Monat der Geburt des Kindes typischerweise zu sachgerechten Ergebnissen führt (vgl dazu BSG, aaO, RdNr 38 f). Insoweit gebietet es der Sinn und Zweck des [§ 2 Abs 9 BEEG](#) nicht, diese Vorschrift auch dann anzuwenden, wenn sich aus dem maßgeblichen Steuerbescheid bei den Einkünften aus Land und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit nur Verluste ergeben. Denn dies würde bedeuten, dass ohne hinreichenden Grund das Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit nicht wie grundsätzlich nach [§ 2 Abs 1 S 1, Abs 7 BEEG](#) vorgesehen unter Zugrundelegung des Zwölfmonatszeitraums vor der Geburt, sondern des letzten Veranlagungszeitraums ermittelt wird.

36 Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG, die gemäß [§ 163 SGG](#) bindend sind, und auch nach dem Vorbringen des Beklagten selbst sind die Voraussetzungen des [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) nicht vollständig erfüllt, weil die Klägerin im letzten steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt, dem Jahr 2006, keine positiven Einkünfte aus Gewerbebetrieb hatte. Das der Klägerin steuerrechtlich zugerechnete Einkommen aus Gewerbebetrieb (Photovoltaikanlage) belief sich im Jahr 2006 auf minus 68 Euro. Dass dieses Ergebnis steuerlich auf einem Verlustausgleich mit anderen Einkunftsarten beruht, ist nicht ersichtlich. Dementsprechend hat das SG den Beklagten zu Recht verurteilt, das Elterngeld der Klägerin unter Absehung von [§ 2 Abs 9 BEEG](#) zu berechnen.

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2013-09-19