

## **B 10 EG 4/13 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten  
Abteilung  
10  
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  
B 10 EG 4/13 R  
Datum  
26.03.2014  
Kategorie  
Urteil

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 24. September 2012 wird zurückgewiesen. Die Beteiligten haben einander auch für das Revisionsverfahren keine außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Gründe:

I

1

Streitig ist die Höhe des Elterngeldes der Klägerin nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) sowie eine Rückforderung überzahlten Elterngeldes durch den Beklagten.

2

Die Klägerin ist Diplom-Kauffrau und übte vor der Geburt ihres Sohnes am 11.5.2008 eine nichtselbstständige Erwerbstätigkeit (Vollzeitbeschäftigung) bei der Grundstücksgesellschaft M KG aus. Zudem erzielte sie Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Kapitalvermögen sowie Vermietung und Verpachtung und war als Kommanditistin an der M Projektentwicklung KG zu 40 %, an der O KG zu 10 % und an der Q KG zu 25 % beteiligt. Letztere vermietet und verwaltet in ihrem Eigentum stehende Immobilien durch die Q Verwaltungsgesellschaft, an der die Klägerin nicht beteiligt ist. Die Klägerin ist formal Geschäftsführerin der Q KG, erhält jedoch kein Entgelt und erbringt im Rahmen ihrer Beteiligungen keinerlei Arbeitsleistung. Vom 31.3. bis zum 7.7.2008 bezog die Klägerin Mutterschaftsgeld. Ab dem 16.8.2008 arbeitete sie wieder in Teilzeit (10 Stunden wöchentlich) und verdiente vom 11.5.2008 bis 10.5.2009 monatlich durchschnittlich 785,14 Euro/netto.

3

Der Beklagte bewilligte der Klägerin vorläufig unter dem Vorbehalt des Widerrufs ([§ 8 Abs 2 und 3 BEEG](#)) Elterngeld bis zum endgültigen Nachweis des tatsächlich erzielten Einkommens für die Zeit vom 11.5. bis 10.6.2008 in Höhe von null Euro, vom 11.6. bis 10.7.2008 in Höhe von 123,54 Euro und vom 11.7.2008 bis 10.5.2009 in Höhe von 1235,25 Euro monatlich. Gegebenenfalls überzahltes Elterngeld sei zu erstatten. Bei der Berechnung legte der Beklagte den steuerlichen Veranlagungszeitraum von Januar bis Dezember 2007 zugrunde unter Berücksichtigung eines vorläufigen Einkommens aus Gewerbebetrieb in Höhe von null Euro nach der von der Klägerin vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnung für das Jahr 2007 mit einem Verlust von 64 708 Euro. Positive Einkünfte in diesem Zeitraum ergaben sich lediglich aus nichtselbstständiger Arbeit, bereinigt in Höhe von durchschnittlich 2628,80 Euro monatlich (Bescheid vom 19.9.2008).

4

Auf den Widerspruch der Klägerin gewährte der Beklagte mit weiterem vorläufigen Bescheid vom 21.1.2009 auf der Grundlage des vorgelegten Einkommensteuerbescheids für 2007 Elterngeld nur noch in Höhe des Sockelbetrages von 300 Euro monatlich, verlangte die Erstattung überzahlten Elterngeldes in Höhe von 6640,29 Euro gemäß [§ 50 SGB X](#) und wies den Widerspruch im Übrigen zurück (Widerspruchsbescheid vom 2.4.2009).

5

Während des anschließenden Klageverfahrens hat der Beklagte nach Vorlage der Gewinnermittlungen den Elterngeldanspruch endgültig festgesetzt (für die Zeit vom 11.6. bis 10.7.2008 in Höhe von 42,06 Euro und ab dem 11.7.2008 bis 10.5.2009 in Höhe von 420,72 Euro monatlich) und die Erstattungsforderung auf 5421,03 Euro reduziert (Bescheid vom 16.6.2010). Klage und Berufung sind erfolglos geblieben (Urteile des SG vom 9.11.2010 und des Schleswig-Holsteinischen LSG vom 24.9.2012). Das LSG hat im Wesentlichen ausgeführt: Die Anspruchsvoraussetzungen nach [§ 1 Abs 1 BEEG](#) lägen vor. Der Höhe nach habe die Klägerin unter Berücksichtigung ihres Einkommens aus selbstständiger Tätigkeit im Bezugszeitraum jedenfalls keinen über 420,72 Euro monatlich liegenden Anspruch auf Elterngeld, sodass von ihr an sie überzahltes Elterngeld in Höhe von 5421,03 Euro zu erstatten sei. Der Beklagte habe zu Recht als Erwerbseinkommen aus Gewerbebetrieb wegen der insoweit erzielten negativen Einkünfte nach [§ 2 Abs 9 S 3 BEEG](#) für den Bemessungszeitraum das Veranlagungsjahr 2007 null Euro zugrunde gelegt. Daneben habe er zutreffend 2628,80 Euro Einkünfte aus abhängiger Beschäftigung angesetzt. Bei einem Bemessungssatz von 67 % errechne sich ein Elterngeldbetrag von 1761,30 Euro monatlich, der um das im Bezugszeitraum erzielte Einkommen aus Erwerbstätigkeit zu vermindern sei. Die Gewinnanteile der Gesellschaft an einer KG, bei der der Gesellschafter als Unternehmer oder Mitunternehmer des Betriebes anzusehen sei, seien als Einkünfte aus Gewerbebetrieb in [§ 2 Abs 1 Nr 2 iVm § 15 Abs 1 Nr 2](#) Einkommensteuergesetz (EStG) legal definiert und beim Elterngeld anzurechnen. Die von der Klägerin begehrte Differenzierung beim Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit danach, ob diese zeitbezogen oder ohne (nennenswerten) Einsatz von Arbeitszeit ausgeübt werde, sei ausgeschlossen und auch nicht praktikabel. Selbst wenn im Bezugszeitraum zugunsten der Klägerin bei einer pauschalen Berechnung bei den Monaten Mai 2008 und April 2009 von vollen Monaten ausgegangen werde, habe sie tatsächlich ein durchschnittliches monatliches Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit von 1531,84 Euro verdient und damit deutlich mehr als vom Beklagten berücksichtigt. Die Rückforderung des überzahlten, vorläufig gewährten Elterngeldes in Höhe von 5421,03 Euro könne auf [§ 42 Abs 2 S 2 SGB I](#) gestützt werden.

6

Mit ihrer Revision macht die Klägerin geltend, bei ihren Einkünften aus Beteiligungen handle es sich um Anteile an den Gewinnen einer Kommanditgesellschaft, die Immobilien vermiete. Die "eigentliche Arbeit" werde von der persönlich haftenden Gesellschafterin erledigt. Sie selbst habe für die Erzielung dieser Gewinne einen persönlichen Einsatz nicht zu leisten. Der Bezug dieser Einkünfte sei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung oder aus Kapitalvermögen gleichzustellen, die bei der Elterngeldberechnung ebenfalls nicht berücksichtigt würden. Es liege eine Ungleichbehandlung gegenüber Elterngeldbeziehern vor, die vergleichbare Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung oder Kapitalvermögen erzielen. Außerdem habe das LSG zu Unrecht als Bemessungszeitraum auf den steuerlichen Veranlagungszeitraum 2007 abgestellt, da die Einkünfte aus Gewerbebetrieb in 2007 ausschließlich negativ gewesen seien (Hinweis auf BSG Urteil vom 27.6.2013 - [B 10 EG 2/12 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 21).

7

Die Klägerin beantragt, die Urteile des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 24. September 2012 und des Sozialgerichts Lübeck vom 9. November 2010 sowie den Bescheid des Beklagten vom 21. Januar 2009 in der Fassung des Widerspruchbescheides vom 2. April 2009 aufzuheben und den Bescheid des Beklagten vom 16. Juni 2010 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, das Elterngeld entsprechend dem Bescheid vom 19. September 2008 endgültig festzusetzen.

8

Der Beklagte beantragt schriftsätzlich, die Revision zurückzuweisen.

9

Er schließt sich dem angefochtenen Urteil an und macht ergänzend geltend, das die Einkünfte aus Gewerbebetrieb - auch hinsichtlich der Unternehmensbeteiligungen - zu berücksichtigen seien.

II

10

Die Revision der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet.

11

1. Streitgegenstand ist der mit einer Anfechtungsklage zulässig angefochtene Bescheid vom 16.6.2010.

12

a) Die Klägerin verfolgt im Revisionsverfahren ihr Begehren auf endgültige Zahlung von Elterngeld in Höhe von 123,54 Euro für den zweiten Lebensmonat und in Höhe von monatlich 1235,25 Euro für den dritten bis zwölften Lebensmonat ihres am 11.5.2008 geborenen Sohnes, wie mit Bescheid vom 19.9.2008 vorläufig festgesetzt, weiter. Mit der Anfechtungsklage greift sie nach ihrem richtig verstandenen Rechtsschutzziel den Bescheid vom 16.6.2010 an, mit dem der Beklagte erstmals das der Klägerin zustehende Elterngeld niedriger als mit Bescheid vom 19.9.2008 endgültig berechnet und den Erstattungsbetrag auf 5421,03 Euro festgesetzt hat. Der Zulässigkeit der Klage vor dem SG stand nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt ihrer Erhebung die vorläufige Entscheidung noch nicht durch eine endgültige ersetzt war. 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 (vgl hierzu: BSG Urteil vom 5.4.2012 - [B 10 EG 6/11 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 15, RdNr 13 mwN, auch zum Verhältnis der vorläufigen zur endgültigen Entscheidung). Der Bescheid vom 16.6.2010 ist gemäß [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Klageverfahrens geworden, da er den nach [§ 86 SGG](#) Gegenstand des Vorverfahrens gewordenen vorläufigen Bescheid vom 21.1.2009 in der Fassung des Widerspruchbescheides vom 2.4.2009 ersetzt hat. Diese haben sich damit ebenso wie zuvor der Bescheid vom 19.9.2008 auf andere Weise erledigt ([§ 39 Abs 2 SGB X](#); vgl Steinwedel in KasselerKomm, SGB X, Stand September 2013, § 39 RdNr 26).

13

b) Wie bereits das LSG zu Recht angenommen hat, enthält der Bescheid vom 16.6.2010 mehrere Regelungen (s [§ 31 SGB X](#)). Erstens nimmt dieser Bescheid eine endgültige Festsetzung des Anspruchs auf Elterngeld vor unter Aufhebung der mit dem Bescheid vom 21.1.2009 aufrecht erhaltenen Nebenbestimmung ([§ 32 Abs 1 SGB X](#)) der Erklärung der Vorläufigkeit aus dem zuvor ersetzten Bescheid vom 19.9.2008 ([§ 86 SGG](#)). Zweitens setzt der Bescheid vom 16.6.2010 das Elterngeld der Höhe nach endgültig fest und begründet drittens die Verpflichtung der Klägerin zur Erstattung der rechnerischen Überzahlung von 5421,03 Euro. Dabei ist sinnvollerweise aus Sicht der Klägerin nur die zweite und dritte Regelung des Bescheides anzufechten unter Aufhebung des Bescheides vom 21.1.2009 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 2.4.2009. Denn in diesem Fall erstarkte wegen der verbleibenden Aufhebung des Vorläufigkeitsvorbehalts die ursprünglich mit dem Bescheid vom 19.9.2008 bestimmte und von der Klägerin begehrte Höhe des Elterngeldanspruchs von monatlich 1235,25 Euro zu einer endgültigen Festsetzung.

14

2. Der Bescheid vom 16.6.2010 ist formal rechtmäßig erlassen worden; einer vorherigen Anhörung bedurfte es nicht (dazu nachfolgend a). Er ersetzte die zunächst erfolgten vorläufigen Bewilligungsbescheide (dazu nachfolgend b).

15

a) Vor Erlass dieses Verwaltungsaktes wegen der Anpassung von einkommensabhängigen Leistungen an geänderte Verhältnisse war eine Anhörung der Klägerin nicht erforderlich, weil der Beklagte damit Leistungen iS von [§ 24 Abs 2 Nr 5 SGB X](#) angepasst hat (vgl dazu BSG Urteil vom 5.4.2012 - [B 10 EG 10/11 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 14 RdNr 21 mwN). Denn von [§ 24 Abs 2 Nr 5 SGB X](#) werden auch Leistungen erfasst, die - wie das Elterngeld - nur der Höhe nach einkommensabhängig sind und bei Erzielung von Einkommen oberhalb bestimmter Grenzen teilweise entfallen (vgl BSG Urteil vom 21.2.2013 - [B 10 EG 12/12 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 19 RdNr 30 mwN).

16

b) Die Ermächtigung zu einer von den Bescheiden vom 19.9.2008 und 21.1.2009 abweichenden Regelung im oben genannten Bescheid ergibt sich aus dem nach [§ 8 Abs 3 BEEG](#) zulässigen Vorbehalt der Vorläufigkeit der mit diesen Bescheiden jeweils erfolgten vorläufigen Bewilligungen (s hierzu: BSG Urteil vom 5.4.2012 - [B 10 EG 10/11 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 14 RdNr 22; Jaritz in Roos/Bieresborn, MuSchG/BEEG - Stand November 2013, [§ 8 BEEG](#) RdNr 11, 13 f und 15). Erst nach Vorlage der Gewinnermittlungen durch die Klägerin für den Bezugszeitraum (11.5.2008 bis 10.5.2009) war der Beklagte zu einer abschließenden Entscheidung über die Höhe des Elterngeldanspruchs sowie des Rückforderungsbetrages in der Lage.

17

3. Zu Recht ist das LSG im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem SG zu der Auffassung gelangt, das der Klägerin jedenfalls kein höheres Elterngeld für den zweiten bis zwölften Lebensmonat ihres Sohnes zusteht, als es der Beklagte mit Bescheid vom 16.6.2010 endgültig festgesetzt hat und dass diese überzahltes Elterngeld in Höhe von 5421,03 Euro erstatten muss. Der Beklagte hat das Vorliegen der Grundvoraussetzungen für Elterngeld zutreffend bejaht (dazu 3.a) und auf die bei der Klägerin für die Elterngeldberechnung relevanten Einnahmen den zutreffenden Bemessungssatz angewendet (dazu unter 3.b). Entgegen der Ansicht des LSG ist Bemessungszeitraum allerdings nicht das Veranlagungsjahr 2007 sondern die dem Monat der Geburt des Kindes vorausgehenden 12 Monate (dazu 4.). Die Gewinnanteile der Klägerin aus ihren Beteiligungen sind berücksichtigungsfähige Einnahmen aus Gewerbebetrieb und nicht solche aus Vermietung und Verpachtung (dazu 5.). Die Erstattung überzahlten Elterngeldes fordert der Beklagte zu Recht in entsprechender Anwendung von [§ 42 SGB I](#) zurück (dazu 6.).

18

a) Der Anspruch der Klägerin auf Elterngeld während der Betreuung ihres Sohnes richtet sich nach dem BEEG in der Fassung vom 5.12.2006 ([BGBl I 2748](#)). Spätere Änderungen des BEEG zu den §§ 1 und 2 (durch das Gesetz vom 19.8.2007 - [BGBl I 1970](#) - zum 28.8.2007 und das Gesetz vom 17.1.2009 - [BGBl I 61](#) - zum 24.1.2009) sind hier nicht einschlägig.

19

Nach [§ 1 Abs 1 BEEG](#) hat Anspruch auf Elterngeld, wer 1. einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, 2. mit seinem Kind in einem Haushalt lebt, 3. dieses Kind selbst betreut und erzieht und 4. keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt. - Dies ist nach den vom LSG bindend getroffenen Feststellungen der Fall.

20

b) Für die hier 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 berechnete 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. Für die Ermittlung des Einkommens weiter einschlägig ist bezüglich der Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit [§ 2 Abs 7 BEEG](#) (vgl insgesamt BSG Urteil vom 27.6.2013 - [B 10 EG 2/12 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 21 RdNr 24), während das zu berücksichtigende Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder selbstständiger Arbeit nach Maßgabe der Absätze 8 oder 9 (unter Umständen iVm einzelnen Bestimmungen des Abs 7) zu ermitteln ist.

21

4. Bemessungszeitraum ist nicht der steuerliche Veranlagungszeitraum 2007, sondern sind die zwölf dem Monat der Geburt des Kindes vorausgehenden Monate.

22

Sowohl für das Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit als auch für das Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit ist gemäß [§ 2 Abs 1 S 1 BEEG](#) im Regelfall auf die zwölf Kalendermonate vor dem Monat der Geburt des Kindes abzustellen (Bemessungszeitraum). Abweichend hiervon bestimmt [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) den durchschnittlich monatlich erzielten Gewinn, wie er sich aus dem für den letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum ergangenen Steuerbescheid ergibt (Ausnahme), als das vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielte monatliche Einkommen aus Erwerbstätigkeit. Voraussetzung hierfür ist, dass die dem zu berücksichtigenden Einkommen zugrunde 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 ist, wobei nach der Rechtsprechung des Senats 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](#)).

23

Entgegen der Auffassung des LSG ist vorliegend als Bemessungszeitraum nicht das Veranlagungsjahr 2007, sondern sind die letzten zwölf Monate vor der Geburt des Sohnes der Klägerin im Mai 2008 zugrunde zu legen. Das Bemessungseinkommen ist vorliegend nicht nach [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) zu bestimmen, denn nach der Rechtsprechung des Senats kommt [§ 2 Abs 9 S 1 BEEG](#) nur dann zum Tragen, wenn sich aus dem danach maßgeblichen Steuerbescheid ein "Gewinn" ergibt, also positive Einkünfte iS des [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) ergeben (zu dieser "Rückausnahme" vgl BSG Urteil vom 27.6.2013 - [B 10 EG 2/12 R](#) - [SozR 4-7837 § 2 Nr 21 RdNr 29 ff](#) mit ausführlicher Darlegung zur Auslegung der positiven Einkünfte im Sinne von [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) sowie zur Gesetzessystematik). Ergeben sich aus dem maßgeblichen Steuerbescheid bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit nur Verluste, würde ohne diese Rückausnahme das Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit ohne hinreichenden Grund 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 werden (vgl BSG, aaO, RdNr 35).

24

Die Klägerin hatte nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG im letzten steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt ihres Kindes, dem Jahr 2007, insgesamt keine positiven Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Sie 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 im Jahre 2007 beteiligt. Das der Klägerin steuerrechtlich zugerechnete Einkommen aus Gewerbebetrieb belief sich im Veranlagungszeitraum 2007 entsprechend dem Einkommensteuerbescheid auf minus 64 708 Euro. Dass dieses Ergebnis steuerlich auf einen Verlustausgleich mit anderen Einkunftsarten beruht, ist nicht ersichtlich. Dementsprechend war entgegen den Berechnungen des LSG und des Beklagten [§ 2 Abs 8 BEEG](#) der Berechnung des Bemessungseinkommens zugrunde zu legen.

25

5. Die Gewinnanteile der Klägerin aus ihren Beteiligungen an Kommanditgesellschaften sind Einnahmen aus Gewerbebetrieb und nicht solche aus Vermietung und Verpachtung. Der Berücksichtigung dieser Einnahmen steht nicht entgegen, dass es bei der unternehmerischen Tätigkeit der Kommanditgesellschaft um die Verwaltung und Vermietung von Immobilien geht und die Klägerin hierfür keine ins Gewicht fallenden Arbeitsleistungen zu erbringen hatte (dazu a). Die Einnahmen aus Gewerbebetrieb und abhängiger Teilzeitbeschäftigung sind im Bezugszeitraum als anzurechnendes Einkommen zu berücksichtigen, sodass sich für den Bezugszeitraum kein höherer als der zuerkannte Elterngeldbetrag ergibt (dazu b).

26

a) Die Einnahmen der Klägerin waren solche aus Gewerbebetrieb. Entgegen dem Vorbringen der Revision sind die Gewinnanteile an den Unternehmensbeteiligungen nicht etwa deshalb herauszurechnen, weil die Klägerin hierfür keine Tätigkeiten entfalten musste oder weil die Q KG Immobilien verwaltet und vermietet. Die Kommanditisten einer KG sind als Unternehmer (Mitunternehmer) der Gesellschaft anzusehen, deren Gewinnanteile auch dann Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind, wenn die unternehmerische Tätigkeit der KG die Verwaltung und Vermietung von Immobilien ist.

27

Für das Einkommen aus selbstständiger Arbeit hat der erkennende Senat den Begriff des "Erzielens von Einkommen" anhand des - strengen - Zuflussprinzips bestimmt (Urteile vom 29.8.2012 - [B 10 EG 18/11 R](#) - RdNr 22 ff und vom 5.4.2012 - [B 10 EG 10/11 R](#) - [SozR 4-7837 § 2 Nr 14 RdNr 29 ff](#)). Zur Begründung hat er in Abgrenzung zur nichtselbstständigen Arbeit ua ausgeführt, dass der Begriff des Erzielens von Einkommen gesetzessystematisch in der allgemeinen Regelung des [§ 2 Abs 1 S 1 BEEG](#) ohne Differenzierung nach Einkunftsarten (vgl dazu [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) iVm [§ 2 Abs 1 S 1 Nr 1 bis 4 EStG](#)) gebraucht wird und das Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit in [§ 2 Abs 8 und 9 BEEG](#) eine besonders deutliche steuerrechtliche Ausprägung erhält. Nach [§ 2 Abs 8 S 2 BEEG](#) ist auf den Gewinn abzustellen, wie er sich aus einer mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs 3 EStG](#) entsprechenden Berechnung ergibt. Demzufolge ist insoweit der Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben im steuerrechtlichen Sinne maßgebend. Noch eindeutiger ist der Bezug auf das Steuerrecht in [§ 2 Abs 9 BEEG](#) verankert. Nach Satz 1 dieser Bestimmung gilt als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzieltes monatliches Einkommen aus der Erwerbstätigkeit der durchschnittlich monatlich erzielte Gewinn, wie er sich aus dem für den letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum ergangenen Steuerbescheid ergibt. Für Einkommen aus selbstständiger Arbeit sind im BEEG eigenständige Regelungen getroffen, die den Besonderheiten dieser Einkunftsarten Rechnung tragen (s

hierzu insgesamt: Urteil vom 30.9.2010 - [B 10 EG 19/09 R](#) - [BSGE 107, 18](#) = SozR 4-7837 § 2 Nr 6, RdNr 31; Urteil vom 18.8.2011 - [B 10 EG 5/11 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 11 RdNr 26; vgl auch Dau, jurisPR-SozR 1/2012 Anm 4). [§ 2 Abs 1 S 2](#) iVm Abs 7 bis 9 BEEG unterscheidet nur zwischen den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit einerseits und aus nichtselbstständiger Arbeit andererseits. Eine Differenzierung innerhalb der Einkünfte danach, ob die Tätigkeit mehr oder weniger zeitbezogen ausgeübt wird, ist somit ausgeschlossen. Sie wäre auch kaum praktikabel.

28

Vor diesem Hintergrund hat das LSG zu Recht die Gewinnanteile der Klägerin als Kommanditistin als Einkünfte aus Gewerbebetrieb angesehen. Derartige Einkommen sind unabhängig vom Geschäftszweck der Gesellschaft eindeutig steuerrechtlich als solche in [§ 2 Abs 1 Nr 2](#) iVm [§ 15 Abs 1 Nr 2 EStG](#) definiert. Hierauf nimmt das BEEG in [§ 2 Abs 1 S 2](#) Bezug. Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung stellen demgegenüber nach [§ 2 Abs 1 Nr 6 EStG](#) eine andere steuerrechtliche Art der Erzielung von Einkommen dar und rechtfertigen auch eine andere elterngeldrechtliche Bewertung. So hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 3.12.2009 (- [B 10 EG 2/09 R](#) - [SozR 4-7837 § 2 Nr 5](#) RdNr 30 ff) ausgeführt, dass [§ 2 Abs 8 und 9 BEEG](#) in Ausführung von [§ 2 Abs 1 S 2 BEEG](#) alle typischerweise mit persönlichem Einsatz verbundenen Einkunftsarten erfassen: "Das sind nach dem Katalog in [§ 2 Abs 1 S 1 Nr 1 bis 3 EStG](#) Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft ([§ 13 EStG](#)), Einkünfte aus Gewerbebetrieb ([§ 15 EStG](#)) und Einkünfte aus selbstständiger Arbeit ([§ 18 EStG](#)), bei denen sich die Einkünfte aus dem Gewinn ergeben ([§ 2 Abs 2 S 1 Nr 1 EStG](#)). Nach der Definition in [§ 15 Abs 2 S 1 EStG](#) handelt es sich bei den diesen Einkünften zugrunde liegenden Erwerbstätigkeiten um selbstständige nachhaltige Betätigungen, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen werden und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellen. Dabei können die selbstständigen Erwerbstätigen ua den zeitlichen Umfang ihrer Tätigkeit selbst bestimmen." Dies gilt grundsätzlich auch für die Klägerin hinsichtlich ihrer Gewinnanteile, auch wenn sie als Kommanditistin und Geschäftsführerin tatsächlich insoweit keine Arbeitsleistung erbracht hat (s zur Abgrenzung einer selbstständigen von einer nichtselbstständigen Tätigkeit: [BFHE 144, 225](#); [BFH/NV 2009, 1814](#)). Die Klägerin trug jedenfalls das Unternehmerrisiko und zeigte auch Unternehmerinitiative (vgl hierzu [BFHE 236, 464](#), RdNr 36 ff). Dies reicht aus, ihre Einnahmen aus Beteiligungen an einem Gewerbebetrieb den typischerweise mit persönlichem Arbeitseinsatz verbundenen Eigenschaften zuzurechnen. Zu diesen typischerweise mit persönlichem Einsatz verbundenen Einkunftsarten hat der Gesetzgeber des BEEG die Einkünfte nach [§ 2 Abs 1 Nr 5 bis 7 EStG](#) hingegen nicht mehr gezählt.

29

Die unterschiedliche Behandlung von Einkommen aus Gewerbebetrieb einerseits und Vermietung und Verpachtung andererseits verstößt nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des [Art 3 Abs 1 GG](#). Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Dem Gesetzgeber ist damit aber nicht jede Differenzierung verwehrt. Er hat gerade auch im Bereich des Sozialrechts, wozu die Bestimmungen über das Elterngeld im ersten Abschnitt des BEEG gehören ([§ 6](#), [§ 25 Abs 2 S 2](#), [§ 68 Nr 15a SGB I](#)), einen weiten Gestaltungsspielraum. Der allgemeine Gleichheitssatz des [Art 3 Abs 1 GG](#) ist grundsätzlich erst dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können (stRspr des BVerfG - seit [BVerfGE 55, 72](#), 88; vgl jüngst [BVerfGE 112, 50](#), 67 = [SozR 4-3800 § 1 Nr 7](#) RdNr 55; [BVerfGE 117, 272](#), 300 f = [SozR 4-2600 § 58 Nr 7](#) RdNr 70). Ebenso verbietet [Art 3 Abs 1 GG](#) auch die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem, insbesondere die Gleichbehandlung einer Gruppe von Normadressaten mit einer anderen, obwohl zwischen beiden Gruppen gewichtige Unterschiede bestehen, die deren Gleichbehandlung als sachwidrig erscheinen lassen (vgl Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl 2012, Art 3 RdNr 8 mwN).

30

Durch die dargestellte andersartige Ermittlung der Bemessungsgrundlage des Elterngeldes infolge der Berücksichtigung von Einkünften aus Gewerbebetrieb und Nichtberücksichtigung von Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung werden die betroffenen Personengruppen zwar rechtlich unterschiedlich behandelt. Diese unterschiedliche Behandlung ist aber sachlich gerechtfertigt, da typisierend betrachtet die Ausübung der jeweiligen Erwerbstätigkeit sowie die Art der Erzielung des Einkommens wesentlich voneinander abweichen. Denn der Gesetzgeber hat die Erzielung der Einnahmen aus Gewerbebetrieb im Gegensatz zu den Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung als typischerweise mit persönlichem Einsatz verbunden angesehen. Gerade die mit der Einschränkung persönlichen Einsatzes (Arbeit) einhergehenden Einkommenseinbußen möchte das BEEG teilweise ausgleichen, um die Erziehung und Betreuung des Kindes zu gewährleisten. Zu dieser Typisierung und Pauschalierung war der Gesetzgeber aus Gründen der Verwaltungsverfahren Vereinfachung unter Rückgriff auf das Steuerrecht verfassungsrechtlich berechtigt (vgl zum Veranlagungszeitraum bereits BSG Urteil vom 3.12.2009 - [B 10 EG 2/09 R](#) - [SozR 4-7837 § 2 Nr 5](#) RdNr 36 ff), auch wenn es im Einzelfall zu Abweichungen bei der Art und Weise der Einkommenserzielung kommen kann. Schließlich wendet sich die Klägerin selbst auch nicht gegen die Nichtberücksichtigung ihrer Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Sie hat es in der Hand, ob sie selbst ihre Immobilien vermietet oder eine Gesellschaft dazwischen schaltet.

31

Ein Verstoß gegen [Art 6 Abs 1 GG](#) liegt gleichfalls nicht vor (s bereits zum Umfang des Abwehrrechts aus [Art 6 Abs 1 GG](#): BSG Urteil vom 27.6.2013 - [B 10 EG 10/12 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 22 RdNr 54 ff). Das BEEG lässt grundsätzlich auch die Personengruppe der Klägerin nicht ohne Schutz, da ihr grundsätzlich ein vom Einkommen aus Erwerbstätigkeit abhängiges Elterngeld gezahlt wird, zumindest in Höhe des Sockelbetrages. Diese Förderung genügt den Anforderungen, die sich aus [Art 6 Abs 1 GG](#) ergeben. Bereits mit der Einrichtung von Elterngeld und Elternzeit wird die Möglichkeit der Eigenbetreuung von Kindern in beachtlichem Umfang gefördert. Zu einer weitergehenden Förderung der Kinderbetreuung innerhalb der Familie war der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht verpflichtet (vgl BVerfG Beschluss vom 6.6.2011 - [1 BvR 2712/09](#) - ZFSH/SGB 2011, 537, RdNr 9). Dabei ist auch die gesetzgeberische Entscheidung, bei der Bemessung des Elterngeldes an das bisherige Erwerbseinkommen anzuknüpfen, von legitimen Zwecken getragen (BVerfG Beschluss vom 9.11.2011 - [1 BvR 1853/11](#) - [NJW 2012, 214](#) RdNr 20).

32



b) Die nach der Geburt ihres Sohnes erzielten Einnahmen der Klägerin aus Gewerbebetrieb und abhängiger Teilzeitbeschäftigung sind im Bezugszeitraum als anzurechnendes Einkommen zu berücksichtigen und auf das Elterngeld anzurechnen. Auch wenn unterstellt wird, dass die Klägerin in den zwölf Monaten vor dem Monat der Geburt ihres Sohnes (Bemessungszeitraum) Einnahmen von mehr als 2700 Euro monatlich erzielte und sich somit der "Elterngeld-Höchstbetrag" errechnete, ergibt sich wegen Anrechnung von Einkommen für den Bezugszeitraum kein höheres Elterngeld, als es mit Bescheid vom 16.6.2010 zuerkannt wurde. Auf eine konkrete Berechnung des Elterngeldes im Bemessungszeitraum kommt es insoweit nicht an.

33

Die Klägerin ging im Bezugszeitraum einer Teilzeitarbeit nach und erzielte zudem noch Einkommen aus Gewerbebetrieb. Nach [§ 2 Abs 3 S 1 BEEG](#) wird für Monate nach der Geburt des Kindes, in denen die berechtigte Person ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt, das durchschnittlich geringer ist als das nach Abs 1 berücksichtigte durchschnittlich erzielte Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt, Elterngeld nur in Höhe des nach Abs 1 oder 2 maßgeblichen Prozentsatzes des Unterschiedsbetrages dieser durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit gezahlt. Dabei ist nach [§ 2 Abs 3 S 2 BEEG](#) als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielter monatlicher Einkommen aus Erwerbstätigkeit höchstens der Betrag von 2700 Euro anzusetzen.

34

Selbst wenn man danach zugunsten der Klägerin von einem maximalen Bemessungsentgelt im Bemessungszeitraum in Höhe von 2700 Euro ausgeht - also einem maximal möglichen Zahlungsanspruch von 1800 Euro monatlich - hat diese nach den nicht mit der Revision angegriffenen Feststellungen des LSG im Bezugszeitraum lediglich Anspruch auf sogenanntes aufstockendes Elterngeld (s hierzu Jaritz in Roos/Bieresborn, MuSchG/BEEG, Stand November 2013, [§ 2 BEEG](#) RdNr 36) in Höhe des Sockelbetrages von 300 Euro monatlich. Der tatsächlich von dem Beklagten zuerkannte Betrag von 420,72 Euro monatlich liegt darüber und stellt die Klägerin sogar besser.

35

In dem hier maßgeblichen Bezugszeitraum vom 11.5.2008 bis 10.5.2009 hat die Klägerin nach Abzug von Steuern, Sozialversicherungsbeiträgen und der Werbungskostenpauschale monatlich durchschnittliche Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit in Höhe von 785,14 Euro erzielt. Gleichzeitig hatte sie ausweislich der Steuerbescheide für 2008 und 2009 aus selbstständiger Tätigkeit auch ohne Berücksichtigung einer Steuergutschrift von über 40 000 Euro in 2008 ein monatlich anrechenbares Nettoeinkommen von 583,84 Euro und in 2009 in Höhe von 3427,84 Euro. Zu Recht hat das LSG ausgeführt, dass auch bei pauschaler Zugrundelegung voller Monate im Mai 2008 und April 2009 ein durchschnittlich monatliches Nettoeinkommen aus selbstständiger Tätigkeit von 1531,84 Euro als Vergleichsbetrag im Bezugszeitraum zu berücksichtigen ist ( $583,83 \text{ Euro} \times 8 \text{ Monate} = 4670,64 \text{ Euro} + 3427,84 \text{ Euro} \times 4 \text{ Monate} = 13\,711,36 \text{ Euro}$ , insgesamt  $18\,382 \text{ Euro} / 12 \text{ Monate} = 1531,84 \text{ Euro}$ ). Addiert man hierzu noch den monatlichen Betrag aus nichtselbstständiger Arbeit von 785,14 Euro, ergibt dies 2316,98 Euro monatlich. Subtrahiert man nunmehr diesen Betrag von den maximal zu berücksichtigenden 2700 Euro gemäß [§ 2 Abs 3 S 2 BEEG](#), so verbleiben 384,02 Euro. Diese Summe liegt bereits unter den monatlich zuerkannten 420,72 Euro, ist aber nach [§ 2 Abs 3 S 1 BEEG](#) nochmals auf 67 % zu reduzieren (= 257,29 Euro). Damit verbliebe nur der Sockelbetrag in Höhe von 300 Euro ([§ 2 Abs 5 S 1 BEEG](#)) als Elterngeldanspruch im Bezugszeitraum.

36

6. Die Erstattungsforderung über 5421,03 Euro ist rechtmäßig. Das LSG hat die Erstattungsforderung des Beklagten in Höhe von 5421,03 Euro laut Bescheid vom 16.6.2010 zu Recht auf [§ 42 Abs 2 S 2 SGB I](#) gestützt, weil das vorläufig und mit dem Vorbehalt der Rückforderung nach den Bescheiden vom 19.9.2008 und 21.1.2009 gezahlte Elterngeld von dem Beklagten zumindest in dieser Höhe (nach dessen Berechnung) überzahlt worden ist. Zur bescheidmäßigen Feststellung der Pflicht eines Elterngeldempfängers, einen überzahlten Elterngeldbetrag zu erstatten, hat der erkennende Senat bereits entschieden, dass in Fällen der vorläufigen Zahlung von Elterngeld ([§ 8 Abs 3 BEEG](#)) [§ 42 Abs 2 S 2 SGB I](#) als spezielle Ermächtigungsgrundlage für die Feststellung einer Erstattungspflicht in Betracht kommt (s umfassend: Urteil vom 5.4.2012 - [B 10 EG 10/11 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 14 RdNr 39 ff). Danach kann eine Rückforderung auf [§ 42 Abs 2 S 2 SGB I](#) gestützt werden, wenn bei der Bewilligung des Geldbetrages deutlich genug auf die an keine weiteren Voraussetzungen geknüpfte Erstattungspflicht hingewiesen worden ist (vgl zB [BSGE 106, 244](#) = SozR 4-1200 § 42 Nr 2, RdNr 14; BSG [SozR 3-1200 § 42 Nr 6](#) S 18 ff). Die Notwendigkeit eines solchen Hinweises rechtfertigt sich daraus, dass die Erstattung überzahlter Leistungen nach [§ 50 SGB X](#) stets an die Prüfung eines Vertrauensschutzes für den Empfänger und ggf auch an die Ausübung von Ermessen geknüpft ist (vgl BSG Urteil vom 5.4.2012 - [B 10 EG 10/11 R](#) - aaO).

37

Sowohl der Bescheid vom 19.9.2008 als auch der Bescheid vom 21.1.2009 enthalten ausdrückliche Hinweise auf die Vorläufigkeit der Elterngeldzahlung, der Bescheid vom 19.9.2008 stellt die Verpflichtung der Klägerin fest, "ggf. überzahltes Elterngeld zu erstatten". Diese Verpflichtung spricht der Bescheid vom 21.1.2009 konkret in Höhe von 6640,29 Euro aus, sodass ein weitergehender Vertrauensschutz der Klägerin nicht ersichtlich oder geboten ist. Einer Rückabwicklung gemäß [§ 42 Abs 2 S 2 SGB I](#) steht auch nicht entgegen, dass der Beklagte mit Bescheid vom 21.1.2009 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2.4.2009 die Rückzahlungspflicht neben der Festsetzung im Bescheid vom 19.9.2008 auch auf [§ 50 SGB X](#) gestützt und eine Vertrauensschutz- und Ermessensprüfung durchgeführt hat. Dieses ist unschädlich, weil der Regelungsgehalt hinsichtlich der Forderung einer Erstattung überzahlten Elterngeldes in einer bestimmten Höhe nicht berührt wird (vgl BSG Urteil vom 1.7.2010 - [B 11 AL 19/09 R](#) - [BSGE 106, 244](#) = SozR 4-1200 § 42 Nr 2, RdNr 21 mwN). Die Klägerin ist somit dem Beklagten gegenüber zur Erstattung überzahlten Elterngeldes in Höhe von 5421,03 Euro verpflichtet.

38

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

Rechtskraft

Aus

Login  
BRD  
Saved  
2014-06-26