

L 5 EG 13/11

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung
5
1. Instanz
SG Wiesbaden (HES)
Aktenzeichen
S 2 EG 7/10
Datum
26.09.2011
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 5 EG 13/11
Datum
17.10.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 10 EG 6/14 R
Datum
15.12.2015
Kategorie
Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Wiesbaden vom 26. September 2011 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander auch für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Höhe des für die Zeit vom 6. Januar 2007 bis 5. Januar 2008 zu zahlenden Elterngeldes streitig. Dabei ist insbesondere die Ermittlung des Einkommens der Klägerin im Bemessungszeitraum bzw. letzten steuerlichen Veranlagungszeitraumes aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gemäß [§ 2 Abs. 8 S. 1](#) und 2, Abs. 9 S. 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG) streitig.

Die Klägerin, selbstständige Zahnärztin, und ihr Ehemann, der Rechtsanwalt B. A., sind Eltern des am xx. Januar 2007 geborenen Kindes C. A. Sie stellten am 3. April 2007 Antrag auf Elterngeld und legten für die Klägerin als Bezugszeitraum den 1. bis 12. Lebensmonat des Kindes fest. Zusammen mit dem Antrag legten sie u.a. eine betriebswirtschaftliche Auswertung (BWA) bezogen auf die Tätigkeit der Klägerin als Zahnärztin zum 31. Dezember 2006 vor, die einen Gewinn in Höhe von 41.026,33 EUR ausweist. Ergänzend gab die Klägerin an, sie werde im Bezugszeitraum maximal 25 Stunden wöchentlich in ihrer Zahnarztpraxis tätig sein. Der Beklagte bewilligte durch Bescheid vom 26. Juli 2007 der Klägerin Elterngeld für die Zeit vom 6. Januar 2007 bis 5. Januar 2008 in Höhe des Höchstbetrages von monatlich 1.800,00 EUR. Im Bescheid wies der Beklagte darauf hin, dass die Zahlung vorläufig und unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolge. Eine endgültige Feststellung sei erst nach Vorlage der Steuerbescheide 2006 und 2007 möglich.

In der Folgezeit legte die Klägerin die beiden Steuerbescheide vor. Danach beliefen sich im Jahr 2006 die Einkünfte der Klägerin aus selbstständiger Arbeit bzw. freiberuflicher Tätigkeit auf einen Verlust von 5.931,00 EUR und im Jahr 2007 auf einen Verlust von 30.878,00 EUR. Nach Vorlage dieser Unterlagen stellte der Beklagte mit Bescheid vom 1. Oktober 2009 das der Klägerin zustehende Elterngeld endgültig in Höhe des Sockelbetrages von 300,00 EUR monatlich für den 1. bis 12. Lebensmonat des Kindes fest. Zugleich forderte er eine Überzahlung in Höhe von 18.000,00 EUR zurück. Bei der Berechnung der Höhe des Elterngeldes ging der Beklagte von einem endgültigen Einkommen der Klägerin aus selbstständiger Arbeit im Bemessungszeitraum, dem Kalenderjahr 2006, von -5.931,00 EUR aus.

Die Klägerin erhob Widerspruch am 2. November 2009 und machte geltend, der Ansatz eines Verlustes von 5.931,00 EUR sei fehlerhaft, vielmehr seien (positive) Einkünfte aus selbstständiger Arbeit in Höhe von 80.520,36 EUR zu berücksichtigen. Hierzu legte die Klägerin eine Einnahmen-Ausgaben-Rechnung für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2006 vor. Soweit der Steuerbescheid für 2006 einen Verlust ausweise, beruhe dies auf Abschreibungen, die jedoch bei der Berechnung des Elterngeldes keine Berücksichtigung finden dürften. Im anderen Fall komme es zu einem Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, weil selbstständig Erwerbstätige schlechter gestellt würden als Bezieher von Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit. Dementsprechend seien Positionen bei der Ermittlung von Erwerbseinkünften im Kalenderjahr vor der Geburt des Kindes, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit ihrer persönlichen Tätigkeit stehen würden, nicht zu berücksichtigen. Entsprechendes gelte für die Ermittlung ihrer Einkünfte aus selbstständiger Arbeit aufgrund Teilzeittätigkeit im Bezugszeitraum. Hier ergebe sich ein Betrag von 32.101,54 EUR. Im Übrigen habe der Beklagte bei seinem Ansatz nicht beachtet, dass gemäß [§ 2 Abs. 2 BEEG](#) bei Monateinkünften unter 1.000,00 EUR der Elterngeldbetrag auf bis zu 100 %, mithin 340,00 EUR ansteige.

Durch Widerspruchsbescheid vom 5. Februar 2010 wies der Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Zur Begründung führte er aus, für die Bewertung, ob Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt werde, seien steuerliche Gesichtspunkte maßgebend. Gemäß Ziff. 2.8.1 der

zum BEEG ergangenen Richtlinien seien bei der Ermittlung des Gewinns neben den §§ 4 bis 7k Einkommensteuergesetz (EStG) auch §§ 13 bis 18 EStG zu beachten, so dass nicht in jedem Fall die tatsächlichen Zu- und Abflüsse maßgeblich seien, sondern ihre steuerliche Verbuchung. Aus der Anknüpfung an das Einkommensteuergesetz folge, dass bei selbstständiger Arbeit insbesondere auch die steuerlichen Regelungen zur Absetzung für Abnutzung (AfA) zu beachten seien (Hinweis auf Ziff. 2.1.4 der Richtlinien). Es komme auch kein erhöhtes Elterngeld für gering verdienende Eltern gemäß § 2 Abs. 2 BEEG in Betracht, da mit den Steuerbescheiden für die Jahre 2006 und 2007 jeweils negative Einkünfte festgestellt worden seien und die Anwendung der Vorschrift grundsätzlich ein positives Einkommen voraussetze.

Mit der am 9. März 2010 erhobenen Klage verfolgte die Klägerin ihr Begehren weiter. Sie führte aus, der Ansatz der negativen Einkünfte für den Bemessungszeitraum des Kalenderjahres vor der Geburt des Kindes sei rechtswidrig. Es sei nach Sinn und Zweck des BEEG geboten, für die Ermittlung der Einkünfte aus selbstständiger Arbeit sowohl für den Bemessungszeitraum als auch den Bezugszeitraum nicht auf die jeweiligen Einkommensteuerbescheide abzustellen. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass sie nach der Geburt des Kindes die selbstständige Tätigkeit nur noch eingeschränkt ausüben könne, was zu einem Absinken ihrer Betriebseinnahmen geführt habe. Zugleich seien ihre Personalkosten in den Jahreszeiträumen 2006 und 2007 um über 100 % gestiegen, weil sie in der Zahnarztpraxis vertretungsweise eine Kollegin beschäftigt habe. Darüber hinaus berücksichtigten die Steuerbescheide fiktive Betriebsausgaben in Gestalt von Abschreibungen, die für die Ermittlung des Erwerbseinkommens nicht maßgeblich seien. Es handele sich hierbei um die Abschreibung von Investitionsgütern über mehrere Jahre und um Sonderabschreibungen auf den Praxiskaufpreis in den ersten drei Jahren nach Übernahme der Praxis zum 31. Dezember 2005. Die Geburt des Kindes und die damit einhergehende eingeschränkte Erwerbstätigkeit hätten keinen Einfluss auf diese Ausgabenpositionen, so dass sie zur Vermeidung unbilliger, vom Gesetzgeber nicht gewollter Auswirkungen außer Ansatz zu bleiben hätten. Es sei entgegen der Auffassung des Beklagten auch keine derart enge Anknüpfung an das Einkommensteuergesetz gegeben, die die Berücksichtigung von Abschreibungen bei der Ermittlung des Überschusses der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben gebiete. Die Handhabung des Beklagten, auf die steuerliche Verbuchung abzustellen, widerspreche der Zielsetzung des Gesetzgebers und führe zudem zu einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Ein solcher Verstoß ergebe sich auch aus der Anwendung der Regelung des § 2 Abs. 3 (gemeint Abs. 8 S. 3) BEEG, wonach für den Fall, dass der Gewinn nicht ermittelt werden könne, von den Einnahmen eine Betriebsausgabenpauschale in Höhe von 20 % in Abzug zu bringen sei. Insofern könnten Bezieher von Elterngeld, die eine Einnahmen-Ausgaben-Rechnung zur Ermittlung des Erwerbseinkommens vorlegten, nicht schlechter gestellt werden. Im Übrigen sei auch die Anwendung des § 2 Abs. 2 BEG rechtswidrig, wenn im Widerspruchsbescheid ausgeführt werde, dass die Erhöhung des Elterngeldes bei negativem Einkommen nicht in Betracht komme, sondern ein positives Einkommen voraussetze.

Demgegenüber hielt der Beklagte an seiner Auffassung fest, dass für die Einkommensverhältnisse auf den letzten Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes und damit auf den Steuerbescheid 2006 abzustellen sei, der jedoch ein Negativeinkommen in Höhe von 5.931,00 EUR ausweise. Maßgeblich seien nach § 2 Abs. 1 S. 2 BEEG bei einer selbstständigen Tätigkeit die positiven Einkünfte i.S. von § 2 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 bis 4 EStG, hier Nr. 3. Mangels positiver Einkünfte hätte Elterngeld nur in Höhe des einkommensunabhängigen Mindestbetrages gewährt werden können. Mit dem Verweis auf den Steuerbescheid in § 2 Abs. 9 S. 1 BEEG habe der Gesetzgeber auch dem Erfordernis einer zeitnahen Bearbeitung sowie dem Umstand Rechnung getragen, dass die Einkommensermittlung gerade bei Selbstständigen nur mit einem hohen Verwaltungsaufwand erfolgen könne.

Das Sozialgericht hat durch Urteil vom 26. September 2011 die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, das durchschnittlich erzielte monatliche Einkommen aus Erwerbstätigkeit, das für die Bemessung des Elterngeldes nach § 2 Abs. 1 GG maßgeblich sei, werde nach steuerrechtlichen Maßstäben berechnet und umfasse nur positive Einkünfte und keine Verluste. Nach den steuerrechtlichen Maßstäben habe die Klägerin jedoch in den Jahren 2006 und 2007 jeweils einen Verlust erlitten, so dass sie keinen Anspruch auf einkommensabhängiges Elterngeld nach § 2 Abs. 1 BEEG habe. Soweit sich die Verluste hier aus bestimmten steuerrechtlichen Abschreibungen ergäben und die Klägerin ohne diese Abschreibungen möglicherweise über positive Einkünfte verfügen würde, stelle dies nach Auffassung des Gerichts keinen Verfassungsverstoß dar, da es im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liege, ob er eine eigene, von den Maßstäben des Steuerrechts abweichende Ermittlung des maßgeblichen Einkommens vornehme, oder ob er - wie hier - aus Vereinfachungsgründen auf die steuerrechtlichen Maßstäbe und die steuerrechtlichen Ermittlungen zurückgreife. Dieser Rückgriff auf das Steuerrecht könne sich für selbstständig erwerbstätige Eltern positiv oder negativ auswirken, was aus Vereinfachungsgründen hinzunehmen sei, da der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Typisierung nicht überschritten habe. Auch die Regelung des § 2 Abs. 2 S. 1 BEEG, wonach sich in bestimmten Fällen das Elterngeld von 67 % des durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit auf bis zu 100 % erhöhe, knüpfe an das Bestehen von positiven Einkünften an, so dass der Klägerin auch nach dieser Vorschrift kein erhöhtes Elterngeld zu gewähren sei. Auch im Verhältnis zur Regelung des § 2 Abs. 8 S. 3 BEEG könne in den Regelungen des § 2 Abs. 1 und 2 BEEG keine Ungleichbehandlung und kein Verfassungsverstoß gesehen werden, da von § 2 Abs. 8 S. 3 BEEG nur Sonderfälle erfasst würden, in denen sich der Gewinn aus besonderen Gründen nicht aus dem Einkommensteuerbescheid oder aus einer Einnahmen-Überschuss-Rechnung ablesen lasse.

Gegen das der Klägerin am 14. Oktober 2011 zugestellte Urteil richtet sich die am 3. November 2011 bei dem Hessischen Landessozialgericht eingegangene Berufung. Die Klägerin macht erneut geltend, nach Sinn und Zweck des BEEG und im Rahmen einer verfassungskonformen Anwendung des Gesetzes seien nicht tätigkeitsbezogene Kostenpositionen wie z.B. Abschreibungen sowohl im Bemessungszeitraum als auch im Bezugszeitraum bei der Ermittlung des Erwerbseinkommens außer Acht zu lassen. Im anderen Falle komme es zu einer Ungleichbehandlung von Selbstständigen und Nichtselbstständigen. Dies habe das Sozialgericht nicht ausreichend berücksichtigt und stattdessen ausschließlich auf den Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 2 BEEG bzw. § 2 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 bis 4 EStG sowie unzutreffend darauf abgestellt, die Regelungen hielten sich im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Im Ergebnis sei § 2 Abs. 1 S. 2 BEEG nach Sinn und Zweck bzw. verfassungskonform auszulegen. Sollte dem der Wortlaut entgegenstehen, sei das Verfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz (GG) dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Wiesbaden vom 26. September 2011 aufzuheben und den Beklagten unter Änderung und teilweiser Aufhebung des Bescheides vom 1. Oktober 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Februar 2010 zu verurteilen, ihr Elterngeld für das Kind C. für die ersten 12 Lebensmonate in Höhe von jeweils 1.800,00 EUR endgültig zu bewilligen.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Er nimmt auf die nach seiner Auffassung zutreffende Begründung im angefochtenen Urteil Bezug und trägt auf Nachfrage des Senats mit Hinweis auf die Urteile des Bundessozialgerichts vom 27. Juni 2013 ([B 10 EG 2/12 R](#)) und vom 26. März 2014 ([B 10 EG 4/13 R](#)) ergänzend vor, unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen des Bundessozialgerichts sei im vorliegenden Fall der Bemessungszeitraum nach [§ 2 Abs. 8 BEEG](#) festzusetzen bzw. das Einkommen nach dieser Vorschrift zu ermitteln. Da das Kind der Klägerin am xx. Januar 2007 geboren sei, ergebe sich jedoch hinsichtlich des maßgeblichen Bemessungszeitraums keine Änderung, weil der letzte abgeschlossene Veranlagungszeitraum identisch sei mit den 12 Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes. Die Ermittlung der Einkünfte innerhalb jeder Einkunftsart erfolge nach steuerrechtlichen Grundsätzen. Die Klägerin habe Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen für die Jahre 2006 und 2007 vorgelegt, die jeweils Verluste auswiesen. Demzufolge habe die Klägerin lediglich Anspruch auf den Mindestbetrag von 300,00 EUR. Abschließend verweist der Beklagte auf eine im weiteren Verlauf eingeholte Stellungnahme des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, wonach fraglich sei, ob das Urteil des Bundessozialgerichts vom 27. Juni 2013 auf den Fall der Klägerin angewendet werden könne, da es sich zum einen um die Berechnung des Elterngeldes bei Mischeinkünften handle und zum anderen um die Berechnung des Elterngeldes aus rein selbstständiger Tätigkeit. Im Übrigen habe das Bundessozialgericht eine Anbindung des elterngeldrechtlichen Einkommensbegriffs an das Einkommensteuerrecht für zulässig gehalten, was dazu führe, dass die "positiven Einkünfte" grundsätzlich nach steuerrechtlichen Vorgaben zu berechnen seien. Ergebe die steuerrechtliche Berechnung einen Verlust, könne Elterngeld nur in Höhe des Mindestbetrags beansprucht werden. Dieser Gedanke komme auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck (Hinweis auf Bundestags-Drucksache - BT-Drucks. - 16/2785, S. 37), wonach steuerrechtlich zulässige Gestaltungsoptionen nicht den Bezug eines deutlich höheren Elterngeldes ermöglichen sollten und aus diesem Grund ein vertikaler Verlustausgleich zwischen verschiedenen Einkunftsarten ausgeschlossen sei. Im Übrigen stelle sich das Verhalten der Klägerin als widersprüchlich und treuwidrig dar (venire contra factum proprium). Wer steuerrechtlich zum eigenen Vorteil Abschreibungen geltend mache, müsse diese Abschreibungen auch als Nachteil bei der Berechnung des Elterngeldes gegen sich gelten lassen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Akte des Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143](#) und [144](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte Berufung ist zulässig; sie ist insbesondere form- und fristgerecht gemäß [§ 151 Abs. 1 SGG](#) eingelegt worden.

Die Berufung der Klägerin ist jedoch unbegründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht durch Urteil vom 26. September 2011 abgewiesen. Der angefochtene Bescheid vom 1. Oktober 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Februar 2010 ist nicht zu beanstanden.

Die Klägerin erfüllt zunächst alle Voraussetzungen des [§ 1 Abs. 1 BEEG](#) für den Bezug von Elterngeld während des Bezugszeitraumes vom 6. Januar 2007 bis 5. Januar 2008 im Hinblick auf das am xx. Januar 2007 geborene Kind C., was zwischen den Beteiligten nicht streitig ist. Streitig ist allein die Frage, von welchem Einkommen im Bemessungszeitraum für die Berechnung der Höhe des Elterngeldes auszugehen ist.

Gemäß [§ 2 Abs. 1 S. 1 BEEG](#) (in der bis zum 17. September 2012 geltenden und hier anzuwendenden Fassung, a.F.) wird Elterngeld in Höhe von 67 % des in den 12 Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1.800,00 EUR monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. Als Einkommen aus Erwerbstätigkeit ist die Summe der positiven Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit im Sinne von [§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 EStG](#) nach Maßgabe der Absätze 7 bis 9 zu berücksichtigen ([§ 2 Abs. 1 S. 2 BEEG](#) a.F.). Für Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit regelt [§ 2 Abs. 7 S. 1 BEEG](#) a.F., dass der Überschuss der Einnahmen in Geld oder Geldeswert über die mit einem Zwölftel des Pauschbetrags nach [§ 9a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG](#) anzusetzenden Werbungskosten, vermindert um die entsprechenden Steuern sowie Pflichtbeiträgen zur Sozialversicherung einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung, maßgeblich ist. Daneben ist als Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit nach [§ 2 Abs. 8 S. 1 BEEG](#) a.F. 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 S. 2 BEEG](#) a.F.). Kann der Gewinn danach nicht ermittelt werden, ist von den Einnahmen eine Betriebsausgabenpauschale in Höhe von 20 % abzuziehen ([§ 2 Abs. 8 S. 3 BEEG](#) a.F.). 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 S. 1 BEEG](#) a.F. abweichend von Abs. 8 als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielt 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 S. 2](#) i.V.m. [§ 2 Abs. 7 S. 5](#) und [6 BEEG](#) a.F.). 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](#) a.F. nur anzuwenden, wenn die Voraussetzungen des [§ 2 Abs. 9 S. 1 und 2 BEEG](#) a.F. auch für die dem Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit zugrundeliegende Erwerbstätigkeit erfüllt sind; in diesen Fällen gilt als vor der Geburt durchschnittlich erzielt monatliches Einkommen nach [§ 2 Abs. 7 BEEG](#) a.F. das in dem dem Veranlagungszeitraum nach [§ 2 Abs. 9 S. 1 BEEG](#) a.F. zugrundeliegenden Gewinnermittlungszeitraum durchschnittlich erzielte monatliche Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit ([§ 2 Abs. 9 S. 3 BEEG](#) a.F.). Als auf den Gewinn entfallende Steuern ist bei Anwendung von [§ 2 Abs. 9 S. 1 BEEG](#) a.F. der auf die Einnahmen entfallende monatliche Anteil der im Steuerbescheid festgesetzten Einkommensteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer anzusetzen ([§ 2 Abs. 9 S. 4 BEEG](#) a.F.).

Ausgehend von diesem Regelungsgefüge ist zunächst festzustellen, dass es entgegen der Auffassung des Beklagten für den

Bemessungszeitraum nicht auf den letzten Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes und damit auf das Steuerjahr 2006 ankommt, sondern auf den Regelfall der letzten 12 Monate vor der Geburt. Aufgrund des Geburtsdatums des Sohnes der Klägerin C. vom xx. Januar 2007 ergibt sich zwar auch insoweit ein Zeitraum vom Januar bis Dezember 2006, jedoch folgen unterschiedliche Konsequenzen im Hinblick auf die Einkommensermittlung. Wird auf den letzten steuerlichen Veranlagungszeitraum abgestellt, kommt es auf den Gewinn an, wie er sich aus dem Steuerbescheid für 2006 ergibt ([§ 2 Abs. 9 S. 1 BEEG](#) a.F.). Sind dagegen die letzten 12 Monate vor der Geburt maßgeblich, gilt für die Ermittlung des Einkommens aus selbstständiger Arbeit [§ 2 Abs. 8 S. 1 und 2 BEEG](#) a.F. So liegt der Fall hier. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 27. Juni 2013, [B 10 EG 2/12 R](#)), dem ein Sachverhalt mit Mischeinkünften aus nichtselbstständiger Arbeit und aus Gewerbebetrieb - Photovoltaikanlage - zugrunde lag, kann der im Steuerbescheid ausgewiesene Gewinn u.a. aus selbstständiger Arbeit nur dann der Bemessung des Elterngeldes zugrunde gelegt werden, wenn es sich um positive Einkünfte handelt. Hierbei ist im Wesentlichen zu berücksichtigen, dass (zwar) eine Anbindung des elterngeldrechtlichen Einkommensbegriffs an das Einkommensteuerrecht gesetzgeberisch gewollt ist und die Systematik des [§ 2 BEEG](#) (a.F.) es nahelegt, den Begriff des zu berücksichtigenden Einkommens im ersten Teil des [§ 2 Abs. 9 S. 1 BEEG](#) (a.F.) allgemein zu verstehen. Etwas anderes gilt jedoch im Hinblick auf den im zweiten Teil des [§ 2 Abs. 9 S. 1 BEEG](#) (a.F.) verwendeten - unscharfen - Begriff "Gewinn". Dabei muss es sich um positive Einkünfte im Sinne des [§ 2 Abs. 1 S. 2 BEEG](#) (a.F.) handeln, denn nur solche sind bei der Bestimmung des Bemessungseinkommens zu berücksichtigen. Der Begriff der "positiven" Einkünfte - so das Bundessozialgericht - ist seit Inkrafttreten des BEEG konstitutives Element eines über das Steuerrecht hinaus besonders geprägten elterngeldrechtlichen Einkommensbegriffs. Darüber hinaus ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien, dass nach dem erklärten Willen des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend durch den Ausschluss eines Verlustausgleichs bei der Einkommensermittlung vor der Geburt Verluste beispielsweise aus selbstständiger Arbeit nicht ein für daneben erzielt Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit gewährtes Elterngeld reduzieren oder ausschließen sollen ([BT-Drucks. 16/2785, S. 37](#)). In der weiteren Entscheidung vom 26. März 2014 ([B 10 EG 4/13 R](#)), dem ebenfalls ein Sachverhalt mit Mischeinkünften aus nichtselbstständiger Arbeit und aus Gewerbebetrieb (Beteiligung als Kommanditistin) zugrunde lag, hat das Bundessozialgericht seine Rechtsprechung bestätigt und ausgeführt, würde für den "Gewinn" im Sinne des [§ 2 Abs. 9 S. 1 BEEG](#) (a.F.) nicht auf positive Einkünfte im Sinne des [§ 2 Abs. 1 S. 2 BEEG](#) (a.F.) abgestellt, sondern der Steuerbescheid mit den ausgewiesenen Verlusten herangezogen, werde das Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit ohne hinreichenden Grund nicht - wie grundsätzlich nach [§ 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 7 BEEG](#) (a.F.) vorgesehen - unter Zugrundelegung des Zwölfmonatszeitraums vor der Geburt, sondern des letzten Veranlagungszeitraums ermittelt. In einem solchen Fall soll es für den Bemessungszeitraum bei dem Regelfall und damit bei den letzten 12 Monaten vor der Geburt des Kindes bleiben. Der erkennende Senat folgt dieser Rechtsprechung und hält - nicht nur im Falle von Mischeinkünften, sondern grundsätzlich - [§ 2 Abs. 9 S. 1 BEEG](#) a.F. lediglich dann für anwendbar, wenn es sich bei dem im Steuerbescheid ausgewiesenen "Gewinn" um positive Einkünfte handelt. Sind dagegen nach dem Steuerbescheid Verluste erzielt worden, verbleibt es für die Einkommensermittlung bei der Anwendung von [§ 2 Abs. 8 BEEG](#) a.F. bzw. für die Festlegung des Bemessungszeitraumes bei [§ 2 Abs. 1 S. 1 BEEG](#) (a.F.). Insofern gelten die von dem Bundessozialgericht ausgeführten Gründe, dass [§ 2 Abs. 1 S. 2 BEEG](#) a.F. auf "positive" Einkünfte abstellt und der unscharfe Begriff des "Gewinns" in [§ 2 Abs. 9 S. 1 BEEG](#) a.F. in diesem Sinne zu verstehen ist, da nur positive Einkünfte bei der Bestimmung des Einkommens im Bemessungszeitraum zu berücksichtigen sind, auch im Falle von Einkünften ausschließlich aus selbstständiger Arbeit. Im Ergebnis verbleibt es bei dem Zwölfmonatszeitraum des [§ 2 Abs. 1 S. 1 BEEG](#) a.F. und im Übrigen für die Einkommensermittlung bei der Anwendung des [§ 2 Abs. 8 BEEG](#) a.F.

Dies alles vorausgeschickt kommt es vorliegend für die Einkommensermittlung im Zeitraum vom Januar bis Dezember 2006 auf den von der Klägerin erzielten Gewinn an, wie er sich aus einer mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#) entsprechenden Berechnung ergibt ([§ 2 Abs. 8 S. 2 BEEG](#) a.F.). Mithin ist entsprechend [§ 4 Abs. 3 EStG](#) der Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben zu ermitteln. Das bedeutet, dass hier für die Einkommensermittlung nicht auf die BWA per 31. Dezember 2006, die dem vorläufigen Bescheid des Beklagten vom 26. Juli 2007 zugrunde gelegen hat, zurückgegriffen werden kann, denn diese berücksichtigt noch keine Abschreibungen. Abschreibungen (AfA - Absetzung für Abnutzung) sind jedoch bei einer Gewinnermittlung entsprechend den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#) zu berücksichtigen, wie sich dies bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift (S. 3) ergibt. Davon wird auch in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung ausgegangen (BFH, Urteil vom 28. November 2013, [IV R 58/10](#)), wonach eine Gewinnermittlung gemäß [§ 4 Abs. 3 EStG](#) erfordert, dass auch die AfA als Betriebsausgabe abgezogen wird. Davon ausgehend ergibt sich hier der Gewinn gemäß [§ 4 Abs. 3 EStG](#) aus der Einnahmen-Ausgaben-Rechnung für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2006, wie sie im weiteren Verlauf des Verfahrens vorgelegt worden ist. Diese weist jedoch ebenfalls einen Verlust (- 6.066,83 EUR) aus. Dementsprechend stehen keine positiven Einkünfte zur Verfügung, mit der Folge, dass die Klägerin lediglich Anspruch auf den Sockelbetrag von 300,00 EUR hat ([§ 2 Abs. 5 BEEG](#) a.F.). Soweit die Klägerin geltend gemacht hat, Abschreibungen (von Investitionsgütern und Sonderabschreibung auf den Praxiskaufpreis) hätten außer Ansatz zu bleiben, da sie nicht tätigkeitsbezogen seien, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Der Einwand der Klägerin steht im Zusammenhang mit der Frage, ob Einkommen im Sinne des [§ 2 Abs. 1 S. 1 BEEG](#) a.F. eine entsprechende persönliche Arbeitsleistung voraussetzt. Das Bundessozialgericht hat dies im Urteil vom 27. Juni 2013 ([a.a.O.](#)) zwar offen gelassen. Die Frage wird jedoch zu verneinen sein, da nach der in [§ 2 Abs. 1 S. 2 BEEG](#) a.F. enthaltenen Legaldefinition alle positiven Einkünfte aus den in [§ 2 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 bis 4 EStG](#) genannten Einkunftsarten und damit auch Einkünfte aus Gewerbebetrieb erfasst werden. Ohnehin geht es vorliegend um die Berücksichtigung von Gewinnen bzw. Verlusten aus der Tätigkeit der Klägerin als Zahnärztin in eigener Praxis, so dass der Bezug zur Berufstätigkeit durchaus gegeben ist. Dessen ungeachtet gebietet der eindeutige Gesetzeswortlaut die Berücksichtigung von Abschreibungen, da [§ 2 Abs. 8 S. 2 BEEG](#) a.F. auf [§ 4 Abs. 3 EStG](#) verweist und die Vorschrift ausdrücklich die Berücksichtigung der AfA regelt. Insofern hilft der Klägerin auch nicht der nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu beachtende "über das Steuerrecht hinaus besonders geprägte elterngeldrechtliche Einkommensbegriff" weiter, denn daraus lässt sich zwar ableiten, dass nur positive Einkünfte im Sinne des [§ 2 Abs. 1 S. 2 BEEG](#) a.F. zu berücksichtigen sind, das Außerachtlassen einer bestimmten Kostenposition bei der Gewinnermittlung folgt daraus jedoch nicht. Die Berücksichtigung der AfA bei der Gewinn- bzw. Einkommensermittlung begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten. Zunächst ist zu beachten, dass dem Gesetzgeber im Bereich steuerfinanzierter Sozialleistungen bzw. der gewährenden Staatstätigkeit, auch im Hinblick auf die Familienförderung, eine weite Gestaltungsfreiheit zukommt (BVerfG, Beschlüsse vom 20. April 2011, [1 BvR 1811/08](#) u. 9. November 2011, [1 BvR 1853/11](#)). Im Übrigen ist [Art. 3 Abs. 1 GG](#) 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 eine ungleiche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Oktober 1980, [1 BvL 89/79](#), [1 BvR 240/79](#) = [BVerfGE 55, 72](#) - 95; Beschluss vom 9. November 2004, [1 BvR 684/98](#) = [BVerfGE 112, 50](#) - 74). Umgekehrt 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 verbieten. Dabei legt das Bundesverfassungsgericht je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal einen unterschiedlich strengen Prüfungsmaßstab an (BVerfG, Beschluss vom 26. Januar

1993, [1 BvL 38/92](#), [1 BvL 40/92](#), [1 BvL 43/92](#) = [BVerfGE 88, 87](#) - 103). Soweit die Klägerin anders behandelt wird gegenüber Berechtigten, die ausschließlich Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit erzielt haben, fehlt es bereits an einer Ungleichbehandlung, weil es sich um ungleiche Gruppen mit erheblichen Unterschieden in den steuerrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten handelt. Dessen ungeachtet ist eine unterschiedliche Behandlung der beiden Gruppen auch sachlich gerechtfertigt. Insofern war der Gesetzgeber zu einer typisierenden und pauschalierenden Regelung aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung unter Rückgriff auf das Steuerrecht verfassungsrechtlich berechtigt (vgl. BSG, Urteil vom 26. März 2014 [a.a.O.](#) zur unterschiedlichen Behandlung von Einkommen aus Gewerbebetrieb einerseits und Vermietung und Verpachtung andererseits). Auch ein Verstoß gegen [Art. 6 Abs. 1 GG](#) ist nicht gegeben, da das BEEG grundsätzlich auch die Personengruppe der Klägerin nicht ohne Schutz lässt, indem ihr grundsätzlich ein vom Einkommen aus Erwerbstätigkeit abhängiges Elterngeld gezahlt wird, zumindest in Höhe des Sockelbetrages (vgl. BSG vom 26. März 2014 [a.a.O.](#)).

Ein Gleichheitsverstoß ergibt sich im Übrigen auch nicht aus den unterschiedlichen Anwendungen gemäß [§ 2 Abs. 8 S. 1 und 2 BEEG](#) a.F. und [§ 2 Abs. 8 S. 3 BEEG](#) a.F. Nach S. 3 ist, sofern der Gewinn gemäß S. 1 und 2 nicht ermittelt werden kann, von den Einnahmen eine Betriebsausgabenpauschale in Höhe von 20 % abzuziehen. Das Sozialgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass [§ 2 Abs. 8 S. 3 BEEG](#) a.F. nur Sonderfälle erfasst, in denen sich der Gewinn aus besonderen Gründen nicht aus der Einnahmen-Überschuss-Rechnung (im Sinne des [§ 4 Abs. 3 EStG](#)) ableiten lässt. Diese Sonderregelung stellt die grundsätzlich zu erfolgende Einkommensermittlung gemäß [§ 2 Abs. 8 S. 1 und 2 BEEG](#) a.F. nicht infrage. Insoweit ist zu beachten, dass unabhängig von einer bestehenden steuerrechtlichen Verpflichtung des Elterngeldberechtigten zur Erstellung einer Einnahmen-Überschuss-Rechnung jedenfalls eine Mitwirkungspflicht gemäß [§ 60 Abs. 1](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - (SGB I) im elterngeldrechtlichen Verfahren besteht. [§ 2 Abs. 8 S. 3 BEEG](#) a.F. betrifft Fälle, in denen der Gewinn trotz ausreichender Mitwirkung nicht ermittelt werden kann bzw. in denen die Mitwirkung gemäß [§ 65 SGB I](#) unzumutbar ist (vgl. Roos/Bieresborn, MuSchG m. BEEG, Kommentar, Stand Dez. 2012, [§ 2 BEEG](#) Rn. 107). Nach alledem handelt es sich um eine Norm für eng begrenzte Konstellationen, in denen der Rückgriff auf die Betriebsausgabenpauschale von 20 % gerechtfertigt ist. Einen Gleichheitsverstoß kann die Klägerin hieraus nicht herleiten.

Soweit sich die Klägerin auf die Erhöhungsvorschrift des [§ 2 Abs. 2 S. 1. BEEG](#) a.F. berufen hat, wonach in den Fällen, in denen das durchschnittlich erzielte monatliche Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt geringer als 1.000,00 EUR war, der Prozentsatz von 67 % um 0,1 Prozentpunkte für je 2 Euro, um die das maßgebliche Einkommen den Betrag von 1.000,00 EUR unterschreitet, auf bis zu 100 % erhöht wird, vermag der Senat auch dem nicht zu folgen. Die Vorschrift setzt von vornherein ein positives Einkommen vor der Geburt voraus (das geringer als 1.000,00 EUR war). Hier fehlt ein positives Einkommen gänzlich, so dass die Erhöhungsvorschrift nicht zur Anwendung kommt und es vielmehr bei dem Sockelbetrag von 300,00 EUR verbleibt ([§ 2 Abs. 5 S. 1 u. 2 BEEG](#) a.F.). Die Erhöhungsvorschrift des [§ 2 Abs. 2 S. 1 BEEG](#) a.F. ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weder im Hinblick auf [Art. 3](#) noch [Art. 6 GG](#). Auch insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber im Bereich steuerfinanzierter Sozialleistungen eine weite Gestaltungsfreiheit zukommt. Davon ausgehend findet die bezweckte Besserstellung Geringverdienender ihre Rechtfertigung darin, dass diese im Hinblick auf ihre mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch die Anforderungen an die Versorgung und Erziehung ihrer Kinder stärker betroffen sind als besserverdienende Eltern. Der Begründung des Gesetzentwurfs kann entnommen werden, dass mit der stufenweisen Erhöhung des Bemessungssatzes gezielt gering verdienende Eltern und insbesondere die Ausübung gering bezahlter Teilzeit- oder Kurzzeitbeschäftigungen unterstützt werden sollen (BT- Drucks. 16/1889, S. 20). Hierbei handelt es sich um ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers, das im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraumes anzuerkennen ist. Im Übrigen ist - soweit für die Anwendung der Vorschrift überhaupt ein Einkommen unter 1.000,00 EUR vorhanden sein muss - zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung konsequent den einkommensorientierten Ansatz des BEEG bzw. die Gestaltung des Elterngeldes als Entgeltersatzleistung verfolgt hat.

In Höhe des geregelten Betrages von 18.000,00 EUR war der Beklagte auch zur Rückforderung berechtigt. Der zunächst erteilte Bescheid vom 26. Juli 2007 war ein Vorbehaltsbescheid ([§ 8 Abs. 3 BEEG](#)) mit lediglich vorläufiger Bewilligung, die sich mit der Entscheidung über die endgültige Leistungsbewilligung (Bescheid vom 1. Oktober 2009) auf sonstige Weise erledigte (vgl. [§ 39 Abs. 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch, Sozialverfahren und Sozialdatenschutz - SGB X -). Nach [§ 42 Abs. 2 SGB I](#) sind Vorschüsse auf die zustehende Leistung anzurechnen, zu viel gezahlte Vorschüsse sind zu erstatten. Auch der Höhe nach ist der Betrag nicht zu beanstanden. Mit dem Vorbehaltsbescheid hat der Beklagte der Klägerin zunächst monatliches Elterngeld in Höhe des Höchstbetrages von monatlich 1.800,00 EUR bewilligt. Der Klägerin stand jedoch lediglich der Sockelbetrag von 300,00 EUR monatlich zu, so dass für den zwölfmonatigen Bezugszeitraum eine Überzahlung in Höhe von 18.000,00 EUR entstanden ist.

Die Berufung war zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). So will 100

Die Revision war wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zuzulassen, da zum einen die Frage der Berücksichtigung von Einkommen aus Erwerbstätigkeit im Sinne des [§ 2 Abs. 1 S. 1 u. 2 BEEG](#) a.F. nur unter der Voraussetzung einer entsprechenden persönlichen Arbeitsleistung und zum anderen die Frage der isolierten Außerachtlassung von Abschreibungen im Gefüge des [§ 2 Abs. 8 S. 2 BEEG](#) a.F. i.V.m. [§ 4 Abs. 3 SGG](#) - bei alleinigem Einkommen aus selbstständiger Arbeit - angesprochen sind und hierzu noch keine abschließende höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2017-11-30