

L 11 EG 3954/11

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

11

1. Instanz

SG Reutlingen (BWB)

Aktenzeichen

S 6 EG 2201/10

Datum

07.06.2011

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 11 EG 3954/11

Datum

28.03.2012

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

1. Soweit aufgrund einer vorläufigen Leistungsbewilligung Elterngeld bezahlt wurde, sind diese Zahlungen auf die endgültig bewilligte Leistung anzurechnen; zu viel gezahlte Vorschüsse sind zu erstatten.

2. Zu den bei der Ermittlung des (nachgeburtlichen) Einkommens zu berücksichtigenden Einnahmen gehören auch Gewinne, die aus der Veräußerung eines Gewerbebetriebs erzielt werden.

Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 07.06.2011 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Höhe des Elterngeldes.

Die verheiratete Klägerin ist Mutter des 2008 geborenen M. Sie lebt mit M und einem weiteren leiblichen Kind, das am 2005 geboren wurde, in einem gemeinsamen Haushalt in Deutschland. Die Klägerin betreut und erzieht ihre Kinder.

Vor der Geburt ihres Sohnes M hatte die Klägerin Einkünfte aus dem seit 1999 betriebenen selbstständigen Gewerbe eines Automatenaufstellers. Im Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2007 ist der Gewinn der Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 46.631,00 EUR ausgewiesen. Steuern sind auf diesen Betrag nicht entfallen. Seit September 2003 hatte die Klägerin außerdem Einkünfte aus nichtselbstständiger geringfügiger Beschäftigung. Die Bezüge für die abhängige Beschäftigung betrugen im maßgeblichen Zeitraum monatlich 300,00 EUR brutto. Sie wurden nach Steuerklasse V versteuert und betrugen netto monatlich 263,82 EUR.

Nach der Geburt ihres Sohnes M erzielte die Klägerin vom 17.11.2008 bis 08.09.2009 laut Arbeitgeberbescheinigung vom 29.01.2010 Einkünfte aus nichtselbstständiger geringfügiger Beschäftigung in Höhe von insgesamt 2.930,00 EUR brutto bzw. 2.602,94 EUR netto. Daneben war sie in ihrem Gewerbebetrieb tätig. In der Zeit vom 09.09.2008 bis 31.12.2008 erzielte sie einen Verlust in Höhe von 29.412,83 EUR. Für die Zeit vom 01.01.2009 bis 08.09.2009 ergab sich nach den eigenen Angaben der Klägerin ein Gewinn in Höhe von 59.610,59 EUR. Der Gewinn beruhte maßgeblich auf dem Verkauf der Spielhalle "T" am 04.04.2009. Als Veräußerungserlös floss der Klägerin im April 2009 ein Betrag in Höhe von 160.500,00 EUR zu.

Am 01.10.2008 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Gewährung von Elterngeld für M. Sie beantragte als alleiniger Elternteil für zwölf Monate ab der Geburt Elterngeld aus Erwerbseinkommen vor der Geburt.

Mit Bescheid vom 03.02.2009 bewilligte die Beklagte vorläufig Elterngeld ab dem 09.09.2008 für die Dauer von zwölf Monaten in Höhe von 1.679,76 EUR. Hiergegen legte die Klägerin am 25.02.2009 Widerspruch ein. Es müsse das maximale Elterngeld in Höhe von monatlich 1.800,00 EUR gezahlt werden.

Am 09.04.2009 erließ die Beklagte einen weiteren "Änderungsbescheid", nachdem die Klägerin den Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2007 vorgelegt hatte. Eine inhaltliche Änderung ergab sich daraus nicht. Auch gegen diesen Bescheid legte die Klägerin Widerspruch ein.

Mit Bescheid vom 25.02.2010 änderte die Beklagte den Bewilligungsbescheid ab und setzte das der Klägerin zustehende Elterngeld auf 300,00 EUR monatlich fest. Den Vorbehalt hob die Beklagte auf. Den zu viel gezahlten Betrag in Höhe von 16.557,12 EUR forderte die

Beklagte zurück. Zur Begründung gab die Beklagte an, das Einkommen vor der Geburt beliefe sich auf 4.073,07 EUR, womit nur der Höchstbetrag von 2.700,00 EUR zum Ansatz komme. Dem stünde ein durchschnittliches Einkommen nach der Geburt von 5.287,93 EUR gegenüber. Elterngeld könne daher nur in Höhe des Mindestbetrages gezahlt werden. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin am 25.03.2010 Widerspruch ein. Der Erlös aus der Veräußerung von Betriebsteilen dürfe nicht mit berücksichtigt werden. Am 13.04.2010 zahlte die Klägerin den geforderten Betrag an die Beklagte zurück.

Mit Widerspruchsbescheid vom 01.06.2010 wies die Beklagte die Widersprüche der Klägerin zurück. Es komme allein auf die steuerliche Einordnung der Einkünfte an. Auch der erzielte Erlös durch den Verkauf einer Teilbetriebsstätte sei als Einkommen aus Gewerbebetrieb anzusehen und somit im Bezugszeitraum anzurechnen.

Hiergegen hat die Klägerin am 05.07.2010 beim Sozialgericht Reutlingen (SG) Klage erhoben und zur Begründung vorgetragen, der Erlös aus der Teilbetriebsveräußerung dürfe nicht berücksichtigt werden. Der Wortlaut der maßgeblichen gesetzlichen Regelung lasse nicht eindeutig auf eine Einbeziehung schließen. Außerdem dürfe nach Sinn und Zweck des Elterngeldes Einkommen, das aus der Veräußerung eines Betriebsteils erzielt werde, nicht zum Ansatz kommen. Das Elterngeld solle den Einkommensausfall infolge der Betreuungszeit kompensieren. Die Teilbetriebsveräußerung sei gerade auf Grund der Geburt des zweiten Kindes der Klägerin erfolgt, um die für das Kind erforderliche und notwendige Pflege und Betreuung während der ersten zwölf Lebensmonate gewährleisten zu können. Die Tatsache, dass die Veräußerung in die Elterngeldbezugsphase gefallen sei, sei zufällig. Die Verhandlungen hätten während der gesamten Schwangerschaft der Klägerin stattgefunden. Erst am 04.04.2009 sei ein Konsens gefunden worden. Wäre schon früher eine Einigung erzielt worden, wäre der Veräußerungserlös nicht während des Elterngeldbezugszeitraums zugeflossen. Dass sich die Verhandlungen hinauszögerten, dürfe nicht zum Nachteil der Klägerin gereichen. Letztlich stelle der Veräußerungserlös das Substrat der erfolgten selbstständigen Tätigkeit der Klägerin in den Jahren vor der Kinderbetreuung des Kindes M dar und habe deshalb nichts mit der Tätigkeit der Klägerin während der Kinderbetreuungszeit zu tun.

Am 28.02.2011 erließ die Beklagte einen weiteren "Änderungsbescheid". Eine inhaltliche Änderung ergab sich daraus nicht. Auch gegen diesen Bescheid legte die Klägerin Widerspruch ein.

Mit Urteil vom 07.06.2011 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin habe keinen Anspruch auf höheres Elterngeld. Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehörten auch Veräußerungsgewinne. Dies sei für das Einkommenssteuerrecht geklärt. Die Zuordnung gelte gleichermaßen für die Bestimmung des maßgeblichen Einkommens zur Berechnung des Elterngeldes. Es komme weder darauf an, dass es sich nicht um laufende Einkünfte handele, noch auf den Zweck der Veräußerung. Die Berücksichtigung des Veräußerungserlöses könne auch nicht deshalb unterbleiben, weil die Klägerin vorgehabt habe, den Verkauf schon während der Schwangerschaft abzuschließen. Zur Bestimmung, wann Einkommen erzielt worden sei, sei eine Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Gegebenheiten erforderlich. Danach sei erst nach der Geburt von M der Kaufvertrag abgeschlossen worden und der Klägerin der Kaufpreis zugeflossen.

Gegen das der Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 15.08.2011 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 12.09.2011 beim Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt und im Wesentlichen ihren Vortrag wiederholt. Ergänzend hat die Klägerin ausgeführt, der Veräußerungsgewinn sei auf die Tätigkeit der Klägerin vor Geburt ihres Sohnes zurückzuführen. Nach der Geburt sei die Klägerin nur in geringem Umfang selbstständig tätig gewesen. Der reine Zufluss von Einkommen während des Bezugszeitraums aus einer aktuell nicht ausgeübten Tätigkeit müsse außer Betracht bleiben. Ein Selbständiger könne den Zufluss von Geldern in der Regel nicht beeinflussen. Der Zeitpunkt von Zahlungen liege nicht in der Sphäre des Selbständigen. Ein Beschäftigter sei dagegen in der Regel nicht zufälligen Zuflüssen ausgesetzt. Zudem sei der Veräußerungserlös keine Einnahme im Sinne des Elterngeldrechts, sondern komme einer Vermögensverwertung gleich. Andernfalls liege ein Verstoß gegen [Art 3 Grundgesetz \(GG\)](#) vor. Denn es könne kein Unterschied machen, ob ein Selbständiger oder ein abhängig Beschäftigter Vermögen veräußere. Die Ungleichbehandlung im Steuerrecht könne nicht zu einer Ungleichbehandlung im Rahmen der Gewährung von Elterngeld führen.

Die Klägerin beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 07.06.2011 aufzuheben, 2. den Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid der Beklagten vom 25.02.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02.06.2010 dahingehend abzuändern, dass der Gewinn aus der Veräußerung der Spielothek "T" in Höhe von 160.500,00 EUR nicht als relevante Einnahme während der Bezugszeit für die Elterngeldberechnung zu berücksichtigen ist und somit Anspruch auf Elterngeld in Höhe von 1.707,60 EUR monatlich besteht, 3. die Beklagte aufgrund des geänderten Bescheids nach Ziffer 2) zu verurteilen, 16.891,20 EUR nebst Zinsen aus 16.557,12 EUR in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 13.04.2010 an die Klägerin zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie erachtet die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Mit Schreiben vom 24.11.2011 hat das LSG die Beteiligten darauf hingewiesen, dass beabsichtigt ist, die Berufung ohne mündliche Verhandlung und ohne Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter durch Beschluss zurückzuweisen, da der Senat die Berufung einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich halte. Die Beteiligten haben keine Einwände gegen die beabsichtigte Vorgehensweise erhoben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz sowie die von der Beklagten vorgelegte Verwaltungsakte verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat kann gemäß [§ 153 Abs 4 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) über die Berufung ohne mündliche Verhandlung und ohne Mitwirkung ehrenamtlicher Richter durch Beschluss entscheiden, da die Berufsrichter des Senats die Berufung einstimmig für unbegründet erachten und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich halten. Die Beteiligten sind zu der beabsichtigten Verfahrensweise gehört worden; sie haben sich hierzu nicht geäußert.

Die nach den [§§ 143, 151 Abs 1, 144 Abs 1 Satz 2 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte sowie statthafte Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet. Streitgegenstand ist der Bescheid der Beklagten vom 25.02.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02.06.2010. Der als "Änderungsbescheid" bezeichnete Bescheid vom 28.02.2011 ist nicht gemäß [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Klageverfahrens geworden, da er den Bescheid vom 25.02.2010 ausdrücklich ("Eine Änderung unseres Bescheides vom 25.02.2010 ergibt sich nicht.") nicht geändert hat. Der streitgegenständliche Bescheid ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Klägerin hat Anspruch auf Elterngeld lediglich in Höhe von monatlich 300,00 EUR. Die Beklagte durfte auch das zu viel gezahlte Elterngeld von der Klägerin zurückfordern.

Der Anspruch der Klägerin auf Elterngeld richtet sich nach dem mit Wirkung zum 01.01.2007 eingeführten Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz ((BEEG); BGBl I 2748) in der Fassung vom 19.08.2007 ([BGBl I 1970](#)). Mit dem streitgegenständlichen Bescheid setzte die Beklagte das der Klägerin zustehende Elterngeld erstmalig endgültig fest. Mit den vorangegangenen Bescheiden wurde die Leistung nur vorläufig bewilligt. Hierzu war die Beklagte nach [§ 8 Abs 3 BEEG](#) berechtigt, da die Klägerin im Antrag angegeben hatte, dass sie im Bezugszeitraum voraussichtlich Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielen werde. Die Vorschussbescheide erledigten sich mit der Entscheidung über die endgültige Leistungsbewilligung gemäß [§ 39 Abs 2 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#) auf sonstige Weise; einer Aufhebung der Vorschussbescheide bedurfte es nicht. Soweit aufgrund der vorläufigen Leistungsbewilligung Elterngeld bezahlt wurde, sind diese Zahlungen auf die endgültig bewilligte Leistung anzurechnen; zu viel gezahlte Vorschüsse sind zu erstatten ([§ 42 Abs 2 Erstes Buch Sozialgesetzbuch - SGB I](#); vgl hierzu Urteil des Senats vom 18.05.2010, [L 11 R 3189/09](#), juris, mwN). Die Anrechnung der Vorschüsse auf die zustehenden Leistungen sowie die Erstattungspflicht sind selbstverständliche Folgen einer Vorschusszahlung (Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, [§ 42 SGB I § 42 RdNr 15](#)).

Nach [§ 1 Abs 1 BEEG](#) hat Anspruch auf Elterngeld, wer einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat (Nr 1), mit seinem Kind in einem Haushalt lebt (Nr 2), dieses Kind selbst betreut und erzieht (Nr 3) und keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt (Nr 4). Die Klägerin hatte ihren gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der Antragstellung am 01.10.2008 bis 08.09.2008 in Deutschland, lebte mit ihrem am 09.09.2008 geborenen Sohn M in einem Haushalt, betreute und erzog ihn und übte während des streitigen Zeitraums keine volle Erwerbstätigkeit aus. Dies entnimmt der Senat den Angaben der Klägerin gegenüber der Beklagten im Verwaltungsverfahren.

Die Höhe des Elterngeldes richtet sich gemäß [§ 2 Abs 1 Satz 1 BEEG](#) nach dem in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit. Es beträgt im hier maßgeblichen Zeitraum 67 % des durchschnittlichen Einkommens, höchstens 1.800,00 EUR monatlich. [§ 2 Abs 5 BEEG](#) sieht ein Mindestelterngeld in Höhe von monatlich 300,00 EUR vor. Als Einkommen aus Erwerbstätigkeit ist nach [§ 2 Abs 1 Satz 2 BEEG](#) die Summe der positiven Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit im Sinne von [§ 2 Abs 1 Satz 1 Nr 1 bis 4 Einkommensteuergesetz \(EStG\)](#) nach Maßgabe der Absätze 7 bis 9 des [§ 2 BEEG](#) zu berücksichtigen.

Als Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit ist nach [§ 2 Abs 7 Satz 1 BEEG](#) (Fassung vom 19.08.2007) der um die auf dieses Einkommen entfallenden Steuern und die aufgrund dieser Erwerbstätigkeit geleisteten Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung in Höhe des gesetzlichen Anteils der beschäftigten Person einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung verminderte Überschuss der Einnahmen in Geld oder Geldeswert über die mit einem Zwölftel des Pauschbetrags nach [§ 9a Abs 1 Satz 1 Nr 1a EStG](#) anzusetzenden Werbungskosten zu berücksichtigen.

Als Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit ist nach [§ 2 Abs 8 Satz 1 BEEG](#) der um die auf dieses Einkommen entfallenden Steuern und die aufgrund dieser Erwerbstätigkeit geleisteten Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung verminderte Gewinn zu berücksichtigen. Grundlage der Einkommensermittlung ist der Gewinn, wie er sich aus einer mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs 3 EStG](#) entsprechenden Berechnung ergibt ([§ 2 Abs 8 Satz 2 BEEG](#)). Kann der Gewinn danach nicht ermittelt werden, ist von den Einnahmen eine Betriebsausgabenpauschale in Höhe von 20 Prozent abzuziehen ([§ 2 Abs 8 Satz 3 BEEG](#)). Ist die dem zu berücksichtigenden Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit zugrundeliegende Erwerbstätigkeit sowohl während des gesamten für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes maßgeblichen Zeitraums als auch während des gesamten letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraums ausgeübt worden, gilt nach [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) abweichend von Absatz 8 als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielter monatlicher Gewinn, wie er sich aus dem für den Veranlagungszeitraum ergangenen Steuerbescheid ergibt. Dies gilt nicht, wenn die berechnete Person im Veranlagungszeitraum Elterngeld für ein älteres Kind oder Mutterschaftsgeld nach der Reichsversicherungsordnung oder dem Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte bezogen hat oder wenn während der Schwangerschaft wegen einer maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückzuführenden Erkrankung Einkommen aus Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise weggefallen ist ([§ 2 Abs 9 Satz 2 iVm § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG](#) - Fassung vom 19.08.2007). Ist in dem für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes maßgeblichen Zeitraum zusätzlich Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit erzielt worden, ist [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) nur anzuwenden, wenn die Voraussetzungen des [§ 2 Abs 9 Satz 1 und 2 BEEG](#) auch für die dem Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit zugrundeliegende Erwerbstätigkeit erfüllt sind; in diesen Fällen gilt als vor der Geburt durchschnittlich erzielter monatlicher Gewinn, wie er sich aus dem für den Veranlagungszeitraum nach [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) zugrundeliegenden Gewinnermittlungszeitraum durchschnittlich erzielte monatliche Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit. Als auf den Gewinn entfallende Steuern ist bei Anwendung von [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) der auf die Einnahmen entfallende monatliche Anteil der im Steuerbescheid festgesetzten Einkommensteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer anzusetzen.

Die Klägerin übte ihre gewerbliche Tätigkeit als Automatenaufstellerin sowohl während des gesamten für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes maßgeblichen Zeitraums als auch während des gesamten letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraums aus. Nach ihren eigenen Angaben gegenüber der Beklagten betreibt die Klägerin seit 1999 ihr Gewerbe. Ihre nichtselbstständige Arbeit übt die Klägerin seit September 2003 aus, also auch im hier maßgeblichen Zeitraum. Im letzten abgeschlossenen Veranlagungszeitraum vor der

Geburt ihres Sohnes M - im Steuerjahr 2007 - bezog die Klägerin keine Leistungen im Sinne des [§ 2 Abs 7](#) Sätze 5 und [6 BEEG](#) (Mutterschaftsgeld, Einkommensausfall wegen schwangerschaftsbedingter Erkrankung oder tatsächlicher Elterngeldbezug für ein nach dem 31.12.2006 geborenes Kind). Damit gilt gemäß [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielter monatlicher Einkommen der durchschnittlich monatliche erzielte Gewinn aus der gewerblichen Tätigkeit, wie er sich aus dem Steuerbescheid für 2007 ergibt, und das im Veranlagungszeitraum durchschnittlich erzielte monatliche Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit. Im Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2007 ist der Gewinn der Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 46.631,00 EUR ausgewiesen. Steuern entfielen auf diesen Betrag nicht. Damit hatte die Klägerin durchschnittliche monatliche Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 3.885,92 EUR. Die Einkünfte für die abhängige Beschäftigung betrugen im maßgeblichen Zeitraum monatlich 263,82 EUR netto. Abzüglich eines Zwölftels des Pauschbetrags nach [§ 9a Abs 1 Satz 1 Nr 1](#) Buchstabe a EStG in Höhe von 76,67 EUR (920,00 EUR /12) ergeben sich monatliche Einkünfte aus abhängiger Beschäftigung in Höhe von 187,15 EUR. Insgesamt betrugen die monatlichen Einkünfte der Klägerin somit durchschnittlich 4.073,07 EUR.

Unter Ansatz dieses Betrages käme nach [§ 2 Abs 1 Satz 1 BEEG](#) Elterngeld in Höhe von 1.800,00 EUR zur Auszahlung, da der Anteil von 67 % des Einkommens der Klägerin über diesem Höchstbetrag liegt. Allerdings vermindert sich das Elterngeld nach [§ 2 Abs 3 BEEG](#), wenn nach der Geburt Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt wird. Für Monate nach der Geburt des Kindes, in denen die berechnete Person ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt, das durchschnittlich geringer ist als das nach [§ 2 Abs 1 BEEG](#) berücksichtigte durchschnittlich erzielte Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt, wird nach [§ 2 Abs 3 Satz 1 BEEG](#) Elterngeld in Höhe des nach [§ 2 Abs 1 oder 2 BEEG](#) maßgeblichen Prozentsatzes des Unterschiedsbetrages dieser durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit gezahlt. Als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielter monatlicher Einkommen aus Erwerbstätigkeit ist dabei höchstens der Betrag von 2.700,00 EUR anzusetzen ([§ 2 Abs 3 Satz 2 BEEG](#)).

Nach der Geburt ihres Sohnes M hatte die Klägerin vom 17.11.2008 bis 08.09.2009 Einkünfte aus nichtselbstständiger geringfügiger Beschäftigung in Höhe von 2.602,94 EUR netto. Sie hatte demnach im zwölfmonatigen Elterngeldbezugszeitraum Einkünfte aus abhängiger Beschäftigung in Höhe von monatlich durchschnittlich 216,91 EUR. Abzüglich eines Zwölftels der Werbungskostenpauschale in Höhe von 76,67 EUR ergibt sich hieraus ein Betrag in Höhe von 140,24 EUR. Neben ihrer abhängigen Beschäftigung war die Klägerin wieder in ihrem Gewerbebetrieb tätig. In der Zeit vom 09.09.2008 bis 31.12.2008 erzielte sie einen Verlust in Höhe von 29.412,83 EUR. Für die Zeit vom 01.01.2009 bis 08.09.2009 ergab sich ein Gewinn in Höhe von 59.610,59 EUR. Damit hatte sie durchschnittliche Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von monatlich 2.516,48 EUR [(59.610,59 EUR - 29.412,83 EUR = 30.197,76 EUR) /12]. Insgesamt errechnen sich monatliche durchschnittliche Einkünfte in Höhe von 2.656,72 EUR (2.516,48 EUR + 140,24 EUR). Da bei der Vergleichsberechnung für das Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt gemäß [§ 2 Abs 3 Satz 2 BEEG](#) höchstens 2.700,00 EUR anzusetzen sind, ergibt sich ein Differenzbetrag in Höhe von nur 43,28 EUR, so dass die Mindestelterngeldregelung des [§ 2 Abs 5 BEEG](#) greift. Danach hat die Klägerin Anspruch auf Elterngeld in Höhe von monatlich 300,00 EUR.

Bei der Ermittlung des Einkommens der Klägerin kann der Erlös aus der Veräußerung der Spielhalle "T" in Höhe von 160.500,00 EUR nicht außer Betracht bleiben.

Die Einbeziehung des Veräußerungserlöses ergibt sich aus [§ 2 Abs 1 Satz 2](#) iVm Abs 8 BEEG, wonach als Einkommen aus Gewerbebetrieb der Gewinn zu berücksichtigen ist, wie er sich aus einer mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs 3 EStG](#) entsprechenden Berechnung ergibt. Mit der sog Einnahmenüberschussrechnung wird der Gewinn aus einer Gegenüberstellung von Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben ermittelt. Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehören nach [§ 16 Abs 1 Satz 1 Nr 1 EStG](#) Gewinne, die erzielt werden bei der Veräußerung des ganzen Gewerbebetriebs oder eines Teilbetriebs. Veräußerungsgewinn ist dabei der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert des Betriebsvermögens übersteigt ([§ 16 Abs 2 Satz 1 EStG](#)).

Der Wortlaut der Regelungen in [§ 2 Abs 1 Satz 2](#) iVm Abs 8 BEEG mit den Verweisen auf das EStG ist eindeutig und enthält keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass einzelne Einkunftsarten aus Gewerbebetrieb von der Gewinnermittlung ausgeschlossen sind. Ein entsprechender Regelungsinhalt lässt sich auch nicht mittels Auslegung oder durch richterliche Rechtsfortbildung, insbesondere mittels eines Analogieschlusses erreichen (dazu: BSG 17.02.2011, [B 10 EG 17/09 R](#), SozR 4-7837 § 2 Nr 7 RdNr 22 f und [B 10 EG 20/09 R](#), SozR 4-7837 § 2 Nr 8 RdNr 20 f; BSG 18.08.2011, [B 10 EG 10/10 R](#), juris). Eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut einer gesetzlichen Bestimmung ist nicht möglich (BSG 17.02.2011, [B 10 EG 20/09 R](#), SozR 4-7837 § 2 Nr 8 mwN).

Eine gegen den Gleichheitssatz in [Art 3 Abs 1 GG](#) verstoßende Ungleichbehandlung gegenüber abhängig Beschäftigten, die während der Elternzeit Vermögen verwerten, vermag der Senat nicht zu erkennen. [Art 3 Abs 1 GG](#) verwehrt dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Der Gesetzgeber hat gerade im Bereich des Sozialrechts, wozu die Bestimmungen über das Elterngeld im ersten Abschnitt des BEEG gehören, einen weiten Gestaltungsspielraum (BSG 15.12.2011, [B 10 EG 1/11 R](#), juris). 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 könnten (BVerfG 07.10.1980, [1 BvL 50/79](#), BVerfGE 55, 72, 88; 09.11.2004, [1 BvR 684/98](#), BVerfGE 112, 50; 27.02.2007, [1 BvL 10/00](#), BVerfGE 117, 272, 300 f). Erlöse aus privaten Veräußerungsgeschäften sind nicht gleichzusetzen mit Gewinnen aus der Veräußerung von Betriebsteilen. Private – dh nicht gewerbsmäßige – Veräußerungsgeschäfte sind nicht Ausfluss einer beruflichen Tätigkeit. Es handelt sich nicht um Erwerbseinkommen. Das Elterngeld soll aber mit dem den Basisbetrag von 300 EUR monatlich überschreitenden Betrag von bis zu 1800 EUR das durch die Erziehung des Kindes ausfallende Erwerbseinkommen ersetzen (BSG 15.12.2011, [B 10 EG 13/10 R](#), juris; BSG 18.08.2011, [B 10 EG 7/10 R](#), juris). Das Elterngeld dient als Einkommensersatz (BSG 17.02.2011, [B 10 EG 20/09 R](#), juris). Jeder betreuende Elternteil, der seine Erwerbstätigkeit unterbricht oder reduziert, soll einen an seinem individuellen Einkommen orientierten Ausgleich für die finanziellen Einschränkungen im ersten Lebensjahr des Kindes erhalten (vgl [BT-Drucks 16/1889](#), S 2, 15; [BT-Drucks 16/2454](#), S 2). Diesem Zweck widerspräche es, wenn auch Erlöse aus privaten Veräußerungsgeschäften mit zu berücksichtigen wären. Demgegenüber ist die Veräußerung gewerblicher Gegenstände Teil der Ausübung des Gewerbes und damit Teil der Erwerbstätigkeit. Sowohl Einkünfte aus den laufenden betrieblichen Geschäften als auch Erlöse aus der Veräußerung des Betriebes selbst sind das Ergebnis der beruflichen Tätigkeit.

Eine grundrechtswidrige Ungleichbehandlung liegt auch nicht darin begründet, dass bei der Einkommensermittlung abhängig Beschäftigter nach [§ 2 Abs 7 Satz 2 BEEG](#) (Fassung 19.08.2007) "sonstige Bezüge" im Sinne des [§ 38a Abs 1 Satz 3 EStG](#) (zB Weihnachts- und Urlaubsgeld) keine Berücksichtigung finden. Nach dem Willen des Gesetzgebers kommen diese einmaligen Einnahmen deshalb nicht zum

Ansatz, weil sie die für das Elterngeld als monatlicher Leistung maßgeblichen Verhältnisse im Bezugsmonat nicht mit gleicher Nachhaltigkeit prägen (vgl. [BR-Drucks 426/06, S 46](#)) und es vom Zufall abhinge, ob eine einmalige Einnahme mit der Folge zu berücksichtigen wäre, dass das ansonsten zustehende Elterngeld sich reduziert oder sogar entfällt (vgl. [BT-Drucks 16/2785, S 37](#)). Eine vergleichbare Situation liegt bei Gewerbetreibenden nicht vor. Es bestehen maßgebliche Unterschiede, als bei abhängig Beschäftigten die regelmäßige und pünktliche Gehaltszahlung durch den Arbeitgeber der Regelfall ist, während es bei Selbstständigen als Regelfall angesehen werden muss, dass die Bezahlung von Rechnungen durch verschiedene Schuldner unregelmäßig erfolgt (BSG 18.08.2011, [B 10 EG 5/11 R](#), juris RdNr 26). Arbeitseinsatz, Einnahmen und Ausgaben fallen bei selbstständiger Arbeit zeitlich häufig deutlich auseinander ([BT-Drucks 16/2785, S 38](#)). Anders als abhängig Beschäftigte beziehen Selbstständige typischerweise keine regelmäßigen monatlichen Einkünften in gleichbleibender Höhe. Es gibt keine "prägenden" Einnahmen. Zudem ist der Zeitpunkt der Einnahme von Veräußerungserlösen nicht von vergleichbarer Zufälligkeit, wie der Zufluss von Einmalzahlungen im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Ob ein Betriebsteil veräußert wird, entscheidet der Verfügende selbst. Auch auf den Zeitpunkt der Veräußerung hat der Gewerbetreibende Einfluss. So wäre es auch der Klägerin möglich gewesen, die Spielothek zunächst nur zu verpachten und erst nach Ende der Elterngeldbezugszeit zu veräußern. Insgesamt fehlt es damit an einer Vergleichbarkeit der Einkommenssituationen Selbstständiger und abhängig Beschäftigter, weshalb der Gesetzgeber auch vor dem Hintergrund seines Gestaltungsspielraums (vgl. oben) von Verfassungen wegen nicht gehalten war, Einmaleinkünfte aus selbstständiger Tätigkeit von der Einkommensermittlung herauszunehmen.

Der Veräußerungserlös kann entgegen der Auffassung der Klägerin nicht auf die Einkünfte vor der Geburt von M angerechnet werden. Die Beklagte hat den Veräußerungserlös vielmehr zutreffend beim nachgeburtlichen Einkommen der Klägerin angesetzt. Dabei kann offen bleiben, ob die vom BSG auf die Ermittlung des Einkommens abhängig Beschäftigter abgewandte modifizierte Zuflusstheorie auch auf Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit anwendbar ist (zur modifizierten Zuflusstheorie: BSG 30.09.2010, [B 10 EG 19/09 R](#), [BSGE 107, 18](#); 18.08.2011, [B 10 EG 5/11 R](#), juris). Denn in Anwendung dieser Theorie müsste der im April 2009 zugeflossene Erlös aus der Teilbetriebsveräußerung jedenfalls schon vor der Geburt von M am 09.09.2008 von der Klägerin erwirtschaftet worden sein. Dies ist indes nicht der Fall, da der Vertrag über die Veräußerung der Spielhalle erst im April 2009 abgeschlossen wurde. Die Vertragsverhandlungen selbst stellen noch kein Erwirtschaften dar. Gleiches gilt für die vorgeburtliche Tätigkeit der Klägerin im veräußerten Betriebsteil. Der Veräußerungserlös wurde nicht durch den Betrieb des veräußerten Teils, sondern durch dessen Veräußerung erwirtschaftet. Soweit die Klägerin vorträgt, dass beabsichtigt gewesen sei, den Vertrag vor der Geburt abzuschließen, ändert dies nichts an den tatsächlichen Gegebenheiten. Auf hypothetische Geschehensläufe kommt es nicht an.

Die Beklagte berechnete den Elterngeldanspruch der Klägerin mithin zutreffend unter Berücksichtigung des Veräußerungserlöses aus dem Verkauf der Spielhalle "T.". Ein höherer Anspruch als 300,00 EUR monatlich ergab sich daraus nicht. Die Klägerin hatte deshalb die zu viel gezahlten Vorschüsse zu erstatten.

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

Gründe für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-12-19