

L 11 EG 1883/17

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung
11
1. Instanz
SG Karlsruhe (BWB)

Aktenzeichen
S 5 EG 4012/16

Datum
03.04.2017

2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen

L 11 EG 1883/17
Datum

05.12.2017

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Leitsätze

Eine Verschiebung des für die Errechnung von Elterngeld maßgeblichen Bemessungszeitraums aufgrund des vorgeburtlichen Beschäftigungsverbotes gemäß [§ 3 Abs 2 MuSchG](#) erfolgt nicht, wenn sich die werdende Mutter ausdrücklich zur Arbeitsleistung bereit erkärt hat und tatsächlich ihre (abhängige) Beschäftigung weiter ausübt. Für werdende Mütter, die eine selbständige Tätigkeit ausüben, gilt das Beschäftigungsverbot des [§ 3 Abs 2 MuSchG](#) nicht. Eine Verschiebung des Bemessungszeitraumes kommt bei Selbständigen nur in Betracht, wenn sie Mutterschaftsgeld beziehen.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 03.04.2017 wird zurück- und die Klage gegen den Bescheid vom 26.10.2017 abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Höhe des der Klägerin zustehenden Elterngelds für ihre am 02.02.2016 geborene Tochter K. (im Folgenden K).

Die 1973 geborene Klägerin ist österreichische Staatsbürgerin. Sie ist verheiratet und lebt zusammen mit ihrem Ehemann und den Kindern K. (geboren am 25.05.2013) und K in einem Haushalt in Deutschland. Für die Tochter K. bezog die Klägerin vom 25.06.2013 bis 24.05.2014 Elterngeld.

Am 25.05.2014 nahm die Klägerin eine selbstständige Tätigkeit als Ärztin im Nachtdienst einer Klinik auf. Ab 01.06.2014 war sie zudem als angestellte Ärztin in der Praxis des niedergelassenen Arztes Dr. L. versicherungspflichtig beschäftigt.

Nach Feststellung der Schwangerschaft mit K Ende Juni 2015 beendete die Klägerin ihre selbstständige Tätigkeit zum 27.06.2015 aufgrund des Verbots der Nachtarbeit für werdende Mütter. Ihre Tätigkeit bei Dr. L. setzte die Klägerin auch über den Beginn der Mutterschutzfrist nach [§ 3 Abs 2 MuSchG](#) (23.12.2015) hinaus fort; sie arbeitete und bezog Arbeitsentgelt bis zum 31.01.2016.

Mit Schreiben vom 08.02.2016 teilte die Krankenkasse der Klägerin dieser mit, dass sie vom 23.12.2015 bis 02.02.2016 Mutterschaftsgeld in Höhe von insgesamt 546 EUR erhalte. Nachdem die Krankenkasse erfahren hatte, dass die Klägerin bis zum 31.01.2016 weitergearbeitet hat, führte sie mit Schreiben vom 25.02.2016 aus, dass die Schutzfrist während der Weiterarbeit ruhe und insoweit kein Anspruch auf Zahlung von Mutterschaftsgeld für diesen Zeitraum bestehe. Die Klägerin erhalte vom 01.02.2016 bis 30.03.2016 Mutterschaftsgeld in Höhe von insgesamt 767 EUR. Die bereits gezahlte Leistung werde verrechnet. Diesen Zeitraum bescheinigte die Krankenkasse auch für den Elterngeldantrag.

Die Klägerin beantragte am 16.03.2016 Elterngeld für den 1.-12. Lebensmonat von K. Im Antrag gab sie unter anderem an, dass sie im Bezugszeitraum voraussichtlich kein Einkommen erziele. Am 09.05.2016 nahm sie ihre Beschäftigung bei Dr. L. wieder auf. Für die Dauer der Elternzeit betrug der Umfang der Beschäftigung acht Arbeitsstunden pro Woche. Vom 01.02.2016 bis 30.03.2016 erhielt sie einen Zuschuss vom Arbeitgeber in Höhe von kalendertäglich 43,22 EUR.

Mit Schreiben vom 17.03.2016 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie dem Elterngeldanspruch das Einkommen im Kalenderjahr 2015 zugrunde lege und forderte weitere Unterlagen an. Die Klägerin machte mit Schreiben vom 17.04.2016 einen Verschiebetatbestand geltend.

Sie habe ihre selbstständige Tätigkeit aufgrund des Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs 2 MuSchG](#) und des Verbotes von Nachtarbeit nach [§ 8 Abs 1 MuSchG](#) einstellen müssen. Aufgrund der Schwangerschaft und des Mutterschutzes sei ihr aufgrund dieses Beschäftigungsverbotes ein erheblicher finanzieller Nachteil entstanden. Zudem habe ihr vom 23.12.2015 bis 30.03.2016 grundsätzlich Mutterschaftsgeld zugestanden. Im November 2015 habe sie die Elterngeldberatungsstelle der Beklagten in K. aufgesucht und sich bezüglich Elterngeld und insbesondere der Frage nach einer Weiterarbeit bei ihrem Arbeitgeber während der Mutterschutzfrist beraten lassen. Die Mitarbeiterin der Beklagten habe mitgeteilt, dass es ihr freigestanden habe, trotz Anspruch auf Mutterschaftsgeld weiterzuarbeiten. Auch wenn die Krankenkasse kein Mutterschaftsgeld ausbezahle, ändere dies jedoch nichts daran, dass der Zeitraum schon ab Dezember 2015 beginne und somit ein Verschiebatbestand vorliege. Auf erneute Nachfrage, ob sie wirklich während der Mutterschutzfrist ohne Nachteile bei der Berechnung des Elterngeldes arbeiten könne, habe die Mitarbeiterin dies erneut bestätigt. Die Klägerin beantragte die Verschiebung des Bemessungszeitraums auf das Jahr 2012.

Mit Bescheid vom 12.05.2016 bewilligte die Beklagte der Klägerin für K vorläufig Elterngeld vom 1. bis 12. Lebensmonat. Da der Steuerbescheid für das Jahr 2015 noch nicht vorliege, könne Elterngeld nur vorläufig zugesagt werden. Die Höhe der Leistung setze die Beklagte unter Anrechnung des Mutterschaftsgeldes und des Zuschusses des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld für den 1. Lebensmonat iHv 0 Euro, für den 2. Lebensmonat iHv 53,66 EUR, für den 3. und 4. Lebensmonat in Höhe von jeweils 831,72 EUR und für den 5. bis 12. Lebensmonat in Höhe von jeweils 756,11 EUR fest. Bei der Berechnung des Elterngeldes legte die Beklagte das Einkommen der Klägerin im Jahr 2015 aus ihrer selbstständigen Tätigkeit (2.060 EUR) und ihrer Beschäftigung (25.350 EUR) zugrunde. Einkommen im Bezugszeitraum wurde nicht berücksichtigt.

Gegen den Bewilligungsbescheid erhob die Klägerin am 08.06.2016 Widerspruch.

Mit Änderungsbescheid vom 11.08.2016 reduzierte die Beklagte das vorläufig bewilligte Elterngeld für den vierten Lebensmonat auf 375 EUR und ab dem fünften Lebensmonat auf jeweils 300 EUR. Die Beklagte berücksichtigte dabei voraussichtliches Einkommen aus ihrer Beschäftigung ab dem 09.05.2016 in Höhe von insgesamt 19.350 EUR für den Bezugszeitraum. Sie habe bereits 456,72 EUR zu viel Elterngeld ausbezahlt bekommen. Dieser Betrag werde mit zukünftigen Zahlungen verrechnet.

Mit Schreiben vom 23.09.2016 holte die Beklagte die Anhörung gemäß [§ 24 SGB X](#) für die Rücknahme des Bescheides vom 12.05.2016 nach. Mit Widerspruchsbescheid vom 27.10.2016 wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

Hiergegen hat die Klägerin am 23.11.2016 Klage zum Sozialgericht Karlsruhe (SG) erhoben.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 03.04.2017 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Beklagte zu Recht der Bemessung des Elterngeldes das Einkommen im Jahr 2015 zugrunde gelegt habe. Sei Einkommen aus selbstständiger und nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit zu berücksichtigen, sei für beide Einkommensarten der letzte abgeschlossene steuerliche Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes maßgeblich. Die Klägerin habe über Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit und aus nicht selbstständiger Tätigkeit verfügt. K sei am 02.02.2016 geboren. Deshalb sei der Bemessungszeitraum das vorangegangene Jahr 2015. Ein Verschiebatbestand liege nicht vor. Allenfalls sei der Tatbestand nach [§ 2b Abs 1 S 2 Nr 2 iVm Abs 3 S 2 BEEG](#) zu erwägen. Nach dieser Vorschrift bleibe ein Kalenderjahr unberücksichtigt, in dem die berechnete Person während der Schutzfristen nach [§ 3 Abs 2](#) oder [§ 6 Abs 1 MuSchG](#) nicht beschäftigt werden dürfe oder Mutterschaftsgeld nach dem SGB V oder nach dem KVLG 1989 bezogen habe. Diese Voraussetzungen seien allerdings bei der Klägerin nicht erfüllt. Das nachgeburtliche Beschäftigungsverbot falle ohnehin erst in das Jahr 2016. Die Klägerin könne sich aber auch nicht auf das vorgeburtliche Beschäftigungsverbot berufen. Denn sie habe ihre Tätigkeit als angestellte Ärztin im Jahr 2015 nicht wegen des Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs 2 MuSchG](#) unterbrochen. Sie habe sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereit erklärt. Bei der Regelung in [§ 2b Abs 1 S 2 Nr 2 BEEG](#) handle es sich um eine Rechtsgrundverweisung. Dafür spreche auch Sinn und Zweck der Verschiebatbestände. Denn mit ihrer Hilfe sollten nur solche Zeiträume ausgeklammert werden, in denen die berechnete Person ein niedrigeres oder gar kein Einkommen erziele, was sich ungünstig auf die Höhe des Elterngeldes auswirke. Beziehe indes die werdende Mutter auch in der Schutzfrist weiter unvermindert Arbeitsentgelt, bestehe für eine Ausklammerung dieses Zeitraums kein Grund. Da sich die Klägerin trotz Beginns der Schutzfrist am 23.12.2015 ausdrücklich zur Arbeitsleistung über diesen Zeitpunkt hinaus bereit erklärt habe, habe also gerade kein Beschäftigungsverbot bestanden.

Die Klägerin sei auch nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so zu stellen, als habe sie vom 23. bis 31.12.2015 nicht mehr gearbeitet. Die Kammer brauche nicht zu entscheiden, ob die Klägerin von der Beklagten falsch beraten worden sei. Denn ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch komme von vornherein nur in Betracht, wenn der eingetretene Nachteil durch eine zulässige Amtshandlung beseitigt werden könne. Hingegen ließen sich durch den Herstellungsanspruch nicht tatsächliche Gegebenheiten außerhalb des Verwaltungsverfahrens fingieren oder ungeschehen machen. So könne auch eine tatsächlich ausgeübte Beschäftigung nicht hinweg fingiert werden.

Aber auch aus dem Umstand, dass die Klägerin in der Schutzfrist ihre selbstständige Tätigkeit nicht mehr ausgeübt habe, folge kein Verschiebatbestand. Fraglich erscheine bereits, ob [§ 2b Abs 1 S 2 Nr 2 BEEG](#) bei einer selbstständigen Tätigkeit überhaupt Anwendung finde. [§ 3 Abs 2 MuSchG](#) gelte nämlich von vornherein nur für Arbeitnehmerinnen, nicht hingegen für selbstständig tätig werdende Mütter. Allerdings könne dies dahingestellt bleiben. Denn die Klägerin habe ihre selbstständige Tätigkeit als Krankenhausärztin nicht erst mit Beginn der Schutzfrist am 23.12.2015 eingestellt, sondern wohl im Hinblick auf das Verbot der Nachtarbeit für werdende Mütter nach [§ 8 Abs 1 MuSchG](#) bereits am 27.06.2015. Dieses Beschäftigungsverbot begründe indes keinen Verschiebatbestand. Die Konstellationen des [§ 2b Abs 1 S 2 BEEG](#) seien auch nach der Gesetzesbegründung abschließend.

Entgegen dem Vortrag der Klägerin habe sie für die Zeit vom 23.12.2015 bis 31.01.2016 kein Mutterschaftsgeld bezogen, sondern erst für die Zeit ab dem 01.02.2016. Die Krankenkasse habe letztendlich nur noch Mutterschaftsgeld für die Zeit ab dem 01.02.2016 bewilligt.

Gegen das den Klägerbevollmächtigten am 19.04.2017 zugestellte Urteil haben diese am 10.05.2017 Berufung zum Landessozialgericht Baden-Württemberg eingelegt.

Mit Bescheid vom 26.10.2017 hat die Beklagte das Elterngeld endgültig bewilligt. Im Vergleich zum Bescheid vom 11.08.2016 hat sich nur

eine minimale Änderung der Elterngeldhöhe im 2. und 3. Lebensmonat ergeben.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass im vorliegenden Fall ein Verschiebatbestand gegeben sei mit der Folge, dass als Bemessungszeitraum auf das Jahr 2012 abzustellen sei. Zwar treffe es zu, dass sie zwischen dem 23.12.2015 und dem 31.01.2016 bei ihrem Arbeitgeber gearbeitet habe, da sie sich trotz des in [§ 3 Abs 2 MuSchG](#) normierten Beschäftigungsverbots ausdrücklich zur Arbeitsleistung bereit erklärt habe. Allerdings ändere dies nichts an der Tatsache, dass ab dem 23.12.2015 ein Beschäftigungsverbot nach der genannten Vorschrift bestanden habe. Bei [§ 2b Abs 1 S 2 Nr 2 BEEG](#) komme es auf das grundsätzliche Vorliegen des Beschäftigungsverbot an. Eine Rechtsgrundverweisung lasse sich mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht in Einklang bringen. Würde man der Auffassung des SG und der Beklagten folgen, müsse berücksichtigt werden, dass sie von der Beklagten unrichtig beraten worden sei. Die Klägerin trägt vor, dass es sich ausschließlich aufgrund der von der Beklagten erteilten Auskunft entschieden habe, freiwillig weiter zu arbeiten. Zudem habe sie auch im Monat Dezember 2015 von ihrer Krankenkasse Mutterschaftsgeld nach [§ 24i SGB V](#) bezogen. Die Krankenkasse habe mit Schreiben vom 08.02.2016 bestätigt, dass sie das Mutterschaftsgeld für die Zeit vom 23.12.2015 bis zum 02.02.2016 an die Klägerin ausbezahlt habe. Da für den Monat Dezember 2015 somit Mutterschaftsgeld bezogen worden sei, sei dieser Monat nicht zu berücksichtigen. Die Klägerin ist zudem der Meinung, dass die selbständige Tätigkeit unstreitig ab dem 13.12.2015 nicht mehr ausgeübt werden dürfen. Aufgrund des Verbots der Nachtarbeit sei sie faktisch gezwungen gewesen, ihre Tätigkeit früher einzustellen. Zwar sei gemäß [§ 1 Nr 1 MuSchG](#) dieses Gesetz unmittelbar nur auf Frauen anwendbar, die in ein Arbeitsverhältnis stehen würden. Jedoch müsse der Rechtsgedanke auch auf Frauen übertragen werden, die eine freiberufliche Tätigkeit ausüben würden. Sie sei faktisch nicht mehr im Stande gewesen, ihre selbständige Tätigkeit im zweiten Halbjahr 2015 noch auszuüben. Auch dies führe zu einem Verschiebatbestand. Die Verschiebatbestände würden auch für selbständig Tätige gelten. Es könne zudem keine Rolle spielen, dass sie ihre selbständige Tätigkeit bereits am 27.06.2015 aufgegeben habe. Maßgeblich sei, dass sie die Tätigkeit innerhalb der Schutzfrist nicht mehr ausgeübt habe.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 03.04.2017 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 26.10.2017 zu verurteilen, ihr für die Zeit vom 02.02.2016 bis zum 01.02.2017 Elterngeld auf der Grundlage der im Bemessungszeitraum des Jahres 2012 erzielten Einkünfte zu bewilligen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist auf die Urteilsgründe des SG. Hinsichtlich des Vortrags der angeblichen Falschberatung fehle es bereits an substantiierten Angaben zu Tag und ungefähre Uhrzeit, Name des Beraters und der genauen Angabe der Frage.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge und die Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist statthaft und zulässig, jedoch unbegründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen.

Gegenstand des Rechtsstreites ist ausschließlich der Bescheid über die endgültige Bewilligung von Elterngeld vom 26.10.2017. Mit diesem Bescheid hat sich die vorläufige Bewilligung (Bescheide vom 12.05.2016 und 11.08.2016, Widerspruchsbescheid vom 27.10.2016) erledigt. Der Bescheid vom 26.10.2017 ist gemäß [§§ 153 Abs 1, 96 SGG](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Über diesen Bescheid entscheidet der Senat auf Klage.

Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte ihr höheres Elterngeld auf der Grundlage eines anderen Bemessungszeitraums als des Kalenderjahres 2015 gewährt.

Der geltend gemachte Anspruch richtet sich nach dem BEEG in der Fassung vom 27.01.2015 ([BGBl I 2015, 33](#)). 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 Voraussetzungen des [§ 1 Abs 1 BEEG](#) für einen Anspruch dem Grunde nach sind erfüllt. Die Klägerin hat ihren Wohnsitz in Deutschland, sie lebt mit K in einem Haushalt, betreute und erzog das Kind und übte im Bezugszeitraum 02.02.2016 bis 01.02.2017 nur eine Erwerbstätigkeit aus, die weniger als 30 Wochenstunden umfasste ([§ 1 Abs 6 BEEG](#)). Sie beantragte das Elterngeld schriftlich am 16.03.2016 und damit innerhalb von drei Monaten nach der Geburt von K ([§ 7 Abs 1 BEEG](#)).

Gemäß [§ 2 Abs 1, Abs 2 BEEG](#) wird Elterngeld in Höhe von 100 bis 65 % des Einkommens aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt des Kindes gewährt. Es wird bis zu einem Höchstbetrag von 1.800 EUR monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat. Das Einkommen aus Erwerbstätigkeit errechnet sich nach Maßgabe der [§§ 2c bis 2f BEEG](#) aus der um die Abzüge für Steuern und Sozialabgaben verminderten Summe der positiven Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit nach [§ 2 Abs 1 Satz 1 Nr 4](#) des Einkommensteuergesetzes (EStG) sowie Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit nach [§ 2 Abs 1 Satz 1 Nr 1 bis 3 EStG](#), die im Inland zu versteuern sind und die die berechnete Person durchschnittlich monatlich im Bemessungszeitraum nach [§ 2b BEEG](#) oder in Monaten der Bezugszeit nach [§ 2 Abs 3 BEEG](#) erzielt hat ([§ 2 Abs 1 Satz 3 BEEG](#)). Für Monate nach der Geburt des Kindes, in denen die berechnete Person ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat, das durchschnittlich geringer ist als das Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt, wird Elterngeld in Höhe des nach [§ 2 Abs 1 oder 2 BEEG](#) maßgeblichen Prozentsatzes des Unterschiedsbetrages dieser Einkommen aus Erwerbstätigkeit gezahlt ([§ 2 Abs 3 BEEG](#)). Elterngeld wird mindestens in Höhe von 300 Euro gezahlt ([§ 2 Abs 4 BEEG](#)).

Für die hier allein streitige Höhe des Elterngeldanspruchs des Klägers ist [§ 2b BEEG](#) in der Fassung vom 27.01.2015 einschlägig. Dessen Absätze 1 bis 3 lauten wie folgt: (1) Für die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von § 2c vor der Geburt sind die zwölf Kalendermonate vor dem Monat der Geburt des Kindes maßgeblich. Bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums nach Satz 1 bleiben Kalendermonate unberücksichtigt, in denen die berechnete Person 1. im Zeitraum nach § 4 Absatz 1 Satz 1 Elterngeld für ein älteres Kind bezogen hat, 2. während der Schutzfristen nach [§ 3 Absatz 2](#) oder [§ 6 Absatz 1](#) des Mutterschutzgesetzes nicht beschäftigt werden durfte oder Mutterschaftsgeld nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch oder nach dem Zweiten Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte bezogen hat, 3. eine Krankheit hatte, die maßgeblich durch eine Schwangerschaft bedingt war, oder 4. Wehrdienst nach dem Wehrpflichtgesetz in der bis zum 31. Mai 2011 geltenden Fassung oder nach dem Vierten Abschnitt des Soldatengesetzes oder Zivildienst nach dem Zivildienstgesetz geleistet hat und in den Fällen der Nummer 3 und 4 dadurch ein geringeres Einkommen aus Erwerbstätigkeit hatte. (2) Für die Ermittlung des Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von § 2d vor der Geburt sind die jeweiligen steuerlichen Gewinnermittlungszeiträume maßgeblich, die dem letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes zugrunde liegen. Haben in einem Gewinnermittlungszeitraum die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 2 vorgelegen, sind auf Antrag die Gewinnermittlungszeiträume maßgeblich, die dem diesen Ereignissen vorangegangenen abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum zugrunde liegen. (3) Abweichend von Absatz 1 ist für die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit vor der Geburt der steuerliche Veranlagungszeitraum maßgeblich, der den Gewinnermittlungszeiträumen nach Absatz 2 zugrunde liegt, wenn die berechnete Person in den Zeiträumen nach Absatz 1 oder Absatz 2 Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit hatte. Haben im Bemessungszeitraum nach Satz 1 die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 2 vorgelegen, ist Absatz 2 Satz 2 mit der zusätzlichen Maßgabe anzuwenden, dass für die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit vor der Geburt der vorangegangene steuerliche Veranlagungszeitraum maßgeblich ist.

Entgegen der Ansicht ihrer Bevollmächtigten hat die Klägerin keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte ihr Elterngeld gemäß [§ 2b Abs 3 BEEG](#) auf der Grundlage der im Bemessungszeitraum des Jahres 2012 erzielten Einkünfte gewährt.

Die Klägerin bezog tatsächlich vom 25.05.2014 bis 27.06.2015 Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit als Ärztin im Nachtdienst einer Klinik. Zusätzlich bezog sie vom 01.06.2014 bis 31.01.2016 Einkommen aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit (Beschäftigung bei Dr. L.).

Als Bemessungszeitraum für die Ermittlung des Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ist gemäß [§ 2b Abs 2 Satz 1 BEEG](#) grundsätzlich der steuerliche Gewinnermittlungszeitraum maßgeblich, der dem letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes zugrunde liegt. Dies ist hier 2015.

Als Bemessungszeitraum für die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit iSv [§ 2c BEEG](#) sind gemäß [§ 2b Abs 1 Satz 1 BEEG](#) die 12 Kalendermonate vor dem Geburtsmonat des Kindes maßgeblich. Abweichend davon ist nach [§ 2b Abs 3 Satz 1 BEEG](#) stattdessen der steuerliche Veranlagungszeitraum maßgeblich, der den Zeiträumen für die Gewinnermittlung aus selbstständiger Tätigkeit nach [§ 2b Abs 2 BEEG](#) zugrunde liegt, wenn die berechnete Person in den Zeiträumen nach Abs 1 oder Abs 2 der Vorschrift Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit hatte.

Diese Voraussetzungen für die Verlagerung des Bemessungszeitraums auf den letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes - hier 2015 - erfüllte die Klägerin bereits deshalb, weil sie in den letzten zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt von F (Februar 2016) positives Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit iSv [§ 2d Abs 1 BEEG](#) hatte. Nach [§ 2b Abs 3 Satz 1 BEEG](#) hat die Beklagte deshalb zutreffend als Bemessungsgrundlage für das Elterngeld des Klägers das Kalenderjahr 2015 herangezogen, das der letzte abgeschlossene steuerliche Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes war ([§ 4a Abs 1 Satz 2 Nr 3 Satz 1 EStG](#) iVm [§ 4a Abs 1 Satz 1 EStG](#)).

Die Frage des anwendbaren Bemessungszeitraums bei Mischeinkünften aus selbstständiger und nichtselbstständiger Tätigkeit vor der Geburt des Kindes ist höchstrichterlich geklärt (BSG 21.06.2016, [B 10 EG 8/15 R](#), SozR 4-7837 § 2b Nr 1; BSG 27.10.2016, [B 10 EG 4/15 R](#), SozR 4-7837 § 2b Nr 2; BSG 27.10.2016, [B 10 EG 5/15 R](#), SozR 4-7837 § 2b Nr 3). Danach ist bei derartigen Einkünften grundsätzlich der letzte steuerliche Veranlagungszeitraum vor der Geburt als Bemessungszeitraum zugrunde zu legen, selbst wenn die berechnete Person mit ihrer selbstständigen Tätigkeit nur Verluste erzielt hat. Die Regelung des [§ 2b Abs 3 Satz 1 BEEG](#) ist auch nicht verfassungswidrig. Der Senat schließt sich insoweit nach eigener Überprüfung in vollem Umfang der Rechtsprechung des BSG an (zB BSG 27.10.2016, [B 10 EG 4/15 R](#), SozR 4-7837 § 2b Nr 2 Rdnr 22 bis 25).

Eine "Verschiebatbestand" gem [§ 2b Abs 3 Satz 2](#) iVm Abs 2 Satz 2 und Abs 1 Satz 2 BEEG liegt nicht vor. Eine Verschiebung erfolgt grundsätzlich nur auf gesonderten Antrag. Einen solchen hat die Klägerin ausweislich ihrer Ausführungen im Verfahren gestellt. Liegt ein Verschiebatbestand vor und wird ein entsprechender Antrag gestellt, wirkt sich der Antrag einheitlich auf alle Einkunftsarten aus (Grundsatz der Deckungsgleichheit der Bemessungszeitraum, siehe ua [BT-Drs 17/9841, S. 21](#)).

In Betracht kommt bei der Klägerin nur der Verschiebatbestand gemäß [§ 2b Abs 1 S 2 Nr 2 BEEG](#). Die Voraussetzungen der Nr. 1, 3 und 4 sind für das Jahr 2015 weder vorgetragen noch erfüllt. Nur für den Fall, dass der Bemessungszeitraum auf vor 2015 verschoben würde, käme eine weitere Verschiebung wegen des Bezugs von Elterngeld für die ältere Tochter nach Nr 1 in Betracht. Es besteht jedoch kein Grund, den Bemessungszeitraum zu verschieben.

Die Verschiebung des Bemessungszeitraumes würde nach dem Wortlaut der Vorschrift voraussetzen, dass die Klägerin während der Schutzfristen nach [§ 3 Absatz 2](#) oder [§ 6 Absatz 1](#) des Mutterschutzgesetzes nicht beschäftigt werden durfte oder Mutterschaftsgeld nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch oder nach dem Zweiten Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte bezogen hat.

Der Senat ist mit dem SG der Auffassung, dass die erste Alternative (Schutzfristen) nur zum Tragen kommt, wenn die Schutzfristen tatsächlich in Anspruch genommen worden sind. Davon geht auch der Gesetzgeber aus. In der Gesetzesbegründung ([BT-Drs 17/9841, S. 20](#)) legt er dar, dass die Regelung klar stellt, dass "die Ausklammerungstatbestände auch auf Frauen Anwendung finden, die die Schutzfristen nach [§ 3 Absatz 2](#) des Mutterschutzgesetzes in Anspruch genommen haben oder die den Beschäftigungsverboten nach [§ 6 Absatz 1](#) des Mutterschutzgesetzes unterliegen, ohne Mutterschaftsgeld zu beziehen (privat versicherte Arbeitnehmerinnen)." Die Ausklammerung setzt demnach die Inanspruchnahme der Schutzfrist voraus. Dies ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der Verschiebatbestandes. Denn mit

ihrer Hilfe sollen solche Zeiträume ausgeklammert werden, in denen die berechtigte Person ein niedrigeres oder gar kein Einkommen erzielt, was sich ungünstig auf die Höhe des Elterngeldes auswirken würde. Bei einer Fortsetzung der Beschäftigung innerhalb der Schutzfrist entsteht jedoch keine Einkommensminderung, die Anlass zu einer entsprechenden Regelung geben könnte (so auch für Beschäftigungsverbote nach beamten- und soldatenrechtlichen Vorschriften: BT-Drs aaO).

[§ 6 Abs 1 MuSchG](#) ist für die Klägerin von vornherein nicht relevant, da das hierin geregelte nachgeburtliche Beschäftigungsverbot in das Jahr 2016 fällt. [§ 3 Abs 2 MuSchuG](#) in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung lautet wie folgt: "Werdende Mütter dürfen in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung nicht beschäftigt werden, es sei denn, dass sie sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereit erklären; die Erklärung kann jederzeit widerrufen werden."

Die Klägerin setzte ihre Beschäftigung bei Dr. L. unverändert über den Beginn der Mutterschutzfrist am 23.12.2015 bis 31.01.2016 hinaus fort. Sie hatte sich ausdrücklich zur Arbeitsleistung bereit erklärt und diese Erklärung auch nicht widerrufen. Aufgrund der "Bereiterklärung" zur Arbeitsleistung bestand schon gar kein Beschäftigungsverbot (mehr). Die Bereiterklärung wurde auch nicht widerrufen. Ein Verschiebatbestand nach der ersten Alternative liegt deshalb bezüglich der Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit nicht vor.

Bezüglich der Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit kommt ein Verschiebatbestand nach der ersten Alternative von vornherein nicht in Betracht. Auch wenn [§ 2b Abs 2 S 2 BEEG](#) auf alle vier Ziffern des [§ 2b Abs 1 S 2 BEEG](#) Bezug nimmt, setzt [§ 2b Abs 1 S 2 Nr 2 BEEG](#) in der ersten Alternative tatsächlich voraus, dass eine Schutzfrist besteht. Bei Selbständigen ist dies aber nicht der Fall, denn das Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs 2 MuSchG](#) gilt nur für Arbeitnehmerinnen ([§ 1 Nr 1 MuSchuG](#)). Eine analoge Anwendung auf Selbständige scheidet aus. Deshalb ist der Verweis in [§ 2b Abs 2 S 2 BEEG](#) aber nicht gegenstandslos. Denn [§ 2b Abs 1 S 2 Nr 2](#) sieht in der zweiten Alternative noch eine Ausklammerung der Kalendermonate mit Mutterschaftsgeldbezug vor. Wie der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung nachvollziehbar ausführt, hat diese Regelung eine eigenständige Bedeutung in den Fällen des [§ 2b Abs 2 und 3 BEEG](#) bei Selbständigen, für die keine Schutzfristen bestehen (BT-Drs aaO). Für die bereits nach der ersten Alternative erfassten Mütter hätte es der zweiten Alternative nicht mehr bedurft. Denn nach [§ 24i Abs 1 S 1 SGB V](#) erhalten weibliche Mitglieder der Krankenkasse Mutterschaftsgeld, die bei Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Krankengeld haben oder denen wegen der Schutzfristen nach [§ 3 Abs 2](#) und [§ 6 Abs 1](#) des Mutterschutzgesetzes kein Arbeitsentgelt gezahlt wird.

Eine Verschiebung des Bemessungszeitraums nach der zweiten Alternative wegen Mutterschaftsgeldbezugs in 2015 kommt für die Klägerin aber ebenfalls nicht in Betracht. Denn sie hat im Jahr 2015 kein Mutterschaftsgeld bezogen.

Mutterschaftsgeld wird für den Zeitraum bezogen, für den ein Zahlbetrag bewilligt und gezahlt wird; auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Auszahlung des Geldbetrags kommt es nicht an. Bewilligt wurde der Klägerin Mutterschaftsgeld mit dem Bescheid der Krankenkasse vom 25.02.2016 nur für den Zeitraum vom 01.02. bis 30.03.2016. Die Bewilligung von Mutterschaftsgeld (auch) für den Zeitraum vom 23.12.2015 bis 31.01.2016 wurde von der Krankenkasse wieder aufgehoben.

Im Hinblick auf den Wortlaut sowie den Sinn und Zweck der Regelung zum Verschiebatbestand kommt es auf den tatsächlichen Bezug für einen bewilligten Zeitraum an, denn nur dann liegt eine Einkommensminderung vor. Gem [§ 24i Abs 4 S 1 SGB V](#) ruht der Anspruch auf Mutterschaftsgeld, soweit und solange das Mitglied beitragspflichtiges Arbeitsentgelt, Arbeitseinkommen oder Urlaubsabgeltung erhält. Dementsprechend hat die Krankenkasse der Klägerin auch anlässlich des Elterngeldantrags bescheinigt, dass diese nur vom 01.02.2016 bis 30.03.2016 tatsächlich Mutterschaftsgeld erhalten hat. Dies ergibt sich auch aus dem vorgelegten Bescheid der Krankenkasse vom 25.02.2016. Darin führt die Krankenkasse zutreffend aus, dass die Klägerin in der Zeit vom 23.12.2015 (Beginn der Schutzfrist) bis 31.01.2016 keinen Anspruch auf Zahlung von Mutterschaftsgeld hat. Dass für diesen Zeitraum bereits bezahlte Mutterschaftsgeld wurde mit dem weiteren Zahlungsanspruch verrechnet.

Bezüglich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wird auf die Entscheidung des SG vollinhaltlich verwiesen. Die tatsächlich ausgeübte Beschäftigung bei Dr. L. kann im Wege eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nicht fiktiv so bewertet werden als wäre sie nicht ausgeübt worden. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch darauf, dass im sozialgerichtlichen Verfahren einzelne Tatbestandsvoraussetzungen - hier die vorgetragene Falschberatung - festgestellt werden.

Die Beklagte hat somit die Bemessungsgrundlage für das Elterngeld des Klägers zutreffend gewählt. Gegen die auf dieser Grundlage durchgeführte Elterngeldberechnung sind Bedenken ansonsten weder erhoben noch sonst ersichtlich. Damit erweist sich die endgültige Festsetzung des Elterngelds im Bescheid vom 26.10.2017 insgesamt als rechtmäßig.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2018-02-22