

B 10 EG 2/10 R

Land

Bundesrepublik Deutschland

Sozialgericht

Bundessozialgericht

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

10

1. Instanz

SG Köln (NRW)

Aktenzeichen

S 23 EG 67/08

Datum

15.04.2009

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

L 13 EG 21/09

Datum

13.11.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 10 EG 2/10 R

Datum

17.02.2011

Kategorie

Urteil

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 13. November 2009 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Die Klägerin begehrt höheres Elterngeld.

2

Die Klägerin ist seit November 2005 als selbstständige Rechtsanwältin tätig. Am 9.12.2007 gebar sie ihren Sohn M ... Auf ihren Antrag gewährte die beklagte Stadt der Klägerin für die ersten zwölf Lebensmonate ihres Kindes Elterngeld in Höhe des Mindestbetrages von 300 Euro, weil im Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2006 keine positiven Einkünfte nachgewiesen seien. Die begehrte Berücksichtigung des Einkommens aus den letzten zwölf Monaten vor der Geburt des Kindes sei im Hinblick auf [§ 2 Abs 9 Satz 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz \(BEEG\)](#) nicht zulässig (Bescheid vom 1.7.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Münster vom 27.10.2008).

3

Klage und Berufung hatten keinen Erfolg (Gerichtsbescheid des Sozialgerichts (SG) Köln vom 15.4.2009; Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Nordrhein-Westfalen vom 13.11.2009). Das LSG hat ua ausgeführt: Die Klägerin habe keinen Anspruch auf höheres Elterngeld, denn die Beklagte habe zu Recht nach [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) - abweichend von Abs 8 dieser Vorschrift - den durchschnittlich monatlich erzielten Gewinn zugrunde gelegt, wie er sich für den letzten abgeschlossenen Veranlagungszeitraum, das Jahr 2006, auf der Grundlage des für diesen Zeitraum erlassenen Steuerbescheids ergebe. Weder aus dem Vortrag der Klägerin noch aus den Akten ergäben sich Anhaltspunkte dafür, dass sich der zeitliche Umfang ihrer Anwaltstätigkeit in den zwölf Monaten vor der Geburt ihres Sohnes um 20 % oder mehr im Vergleich zum Jahr 2006 verändert habe. Von dem nach der Verkündung des Senatsurteils ergangenen Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 3.12.2009 - [B 10 EG 2/09 R](#) - könne die Klägerin daher nicht profitieren. Auch die Gegenausnahme des [§ 2 Abs 9 Satz 2 BEEG](#) greife nicht durch.

4

Die Klägerin hat die vom LSG zugelassene Revision eingelegt. Sie rügt sinngemäß Verletzungen von [§ 2 Abs 8 und 9 BEEG](#) und [Art 3 Abs 1 GG](#). Zur Begründung trägt sie vor: Das Berufungsgericht habe unzutreffend unterstellt, dass sich der zeitliche Umfang ihrer Tätigkeit in den letzten zwölf Monaten vor der Geburt des Kindes gegenüber 2006 nicht um 20 % oder mehr verändert habe. Bereits in der Klageschrift sei vorgetragen worden, dass sie bis Mitte 2006 nur 10 Stunden pro Woche tätig gewesen sei. Erst in der zweiten Hälfte 2006 habe sie ihre Tätigkeit auf eine Vollzeittätigkeit ausbauen können. Es sei demnach, wie das BSG im Urteil vom 3.12.2009 - [B 10 EG 2/09 R](#) - entschieden habe, [§ 2 Abs 9 BEEG](#) nicht anwendbar. Im Übrigen verstoße [§ 2 Abs 9 BEEG](#) gegen [Art 3 Abs 1 GG](#), denn Selbstständige würden dadurch gegenüber Nichtselbstständigen ohne rechtfertigenden Grund ungleich behandelt.

5

Die Klägerin beantragt (sinngemäß), das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 13. November 2009 und den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Köln vom 15. April 2009 aufzuheben, den Bescheid der Beklagten vom 1. Juli 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Münster vom 27. Oktober 2008 zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, ihr höheres Elterngeld unter Berücksichtigung des im Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt ihres Sohnes erzielten Einkommens aus selbstständiger Arbeit zu zahlen.

6

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7

Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend. [§ 2 Abs 9 BEEG](#) verstoße nicht gegen [Art 3 Abs 1 GG](#) und [Art 6 GG](#).

8

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

II

9

Die Revision der Klägerin ist zulässig und im Sinne der Zurückverweisung begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)).

10

1. Die Voraussetzungen für eine Sachentscheidung des erkennenden Senats liegen vor. Revision, Berufung und kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs 1 Satz 1 und Abs 4 SGG](#)) gegen den Bescheid vom 1.7.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.10.2008 sind statthaft und auch im Übrigen zulässig.

11

a) Die Klage richtet sich zutreffend gegen die Stadt Bonn, zumal mit Wirkung vom 1.1.2011 die Beteiligtenfähigkeit einer Behörde nach [§ 70 Nr 3 SGG](#) iVm § 3 Gesetz zur Ausführung des Sozialgerichtsgesetzes im Lande Nordrhein-Westfalen (AG-SGG NRW) vom 3.9.1953 (GVBI NRW 412) idF des Gesetzes vom 17.12.1974 (GVBI NRW 1588) weggefallen ist. Durch Art 2 Nr 29 iVm Art 4 Satz 1 Gesetz zur Modernisierung und Bereinigung von Justizgesetzen im Land Nordrhein-Westfalen vom 26.1.2010 (GVBI NRW 30) sind mit Wirkung vom 1.1.2011 die vorgenannten landesrechtlichen Bestimmungen aufgehoben worden. Der Senat hat sich deshalb nicht mehr mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Auffassung des 8. Senats des BSG (s Urteil vom 29.9.2009 - [B 8 SO 19/08 R](#) - SozR 4-3500 § 54 Nr 6 RdNr 14) zutrifft, dass eine Klage nach Einführung des Behördenprinzips zwingend gegen die Behörde zu richten ist (zur Gegenansicht BSG Urteil vom 23.4.2009 - [B 9 SB 3/08 R](#) - RdNr 21; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 70 RdNr 4).

12

b) Der erkennende Senat hat auch bereits entschieden, dass die Bezirksregierung Münster in Angelegenheiten des Elterngeldes nach [§ 85 Abs 2 Satz 1 Nr 1 SGG](#) iVm § 5 Abs 2 Satz 2 Gesetz zur Eingliederung der Versorgungämter in die allgemeine Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 30.10.2007 (GVBI NRW 482) als Aufsichtsbehörde befugt war, den Widerspruchsbescheid zu erlassen (s Teilurteil vom 30.9.2010 - [B 10 EG 9/09 R](#) - RdNr 18 f, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen).

13

2. In der Sache verfolgt die Klägerin mit der Revision ihre kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs 1 Satz 1 und Abs 4 SGG](#)) weiter, die auf Gewährung höheren Elterngeldes für die ersten zwölf Lebensmonate ihres am 9.12.2007 geborenen Sohnes M. gerichtet ist. Sie begehrt insoweit die Berücksichtigung ihres im Zwölfmonatszeitraum vor dem Monat der Geburt des Kindes (Dezember 2006 bis November 2007) durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus selbstständiger Arbeit.

14

Ob das LSG einen diesbezüglichen Anspruch auf höheres Elterngeld zu Recht verneint hat, lässt sich auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht abschließend beurteilen. Entgegen der Auffassung des LSG und der Beklagten kommt im vorliegenden Fall durchaus eine Festsetzung der Höhe des Elterngeldes nach [§ 2 Abs 1 und Abs 8 BEEG](#) in Betracht. Dabei richtet sich der Anspruch der Klägerin nach dem BEEG idF vom 19.8.2007 ([BGBl I 1970](#)).

15

a) Nach [§ 2 Abs 1 Satz 1 BEEG](#) 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 1800 Euro monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. Dabei ist als Einkommen aus Erwerbstätigkeit die Summe der positiven Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit und nichtselbstständiger Arbeit iS von [§ 2 Abs 1 Satz 1 Nr 1 bis 4 EStG](#) nach Maßgabe des [§ 2 Abs 7 bis 9 BEEG](#) zu berücksichtigen ([§ 2 Abs 1 Satz 2 BEEG](#)).

16

Bei Selbstständigen - wie der Klägerin - ist das zu berücksichtigende Einkommen entweder gemäß [§ 2 Abs 8 BEEG](#) oder nach [§ 2 Abs 9 BEEG](#) zu ermitteln.

17

aa) [§ 2 Abs 8 Satz 1 BEEG](#) enthält den Grundsatz, dass als Einkommen aus selbstständiger Arbeit der (um Steuern, Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung und Beiträge zur Arbeitsförderung verminderte) Gewinn zu berücksichtigen ist. Nach [§ 2 Abs 8 Satz 2 BEEG](#) ist Grundlage der Einkommensermittlung der Gewinn, der sich aus einer mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs 3 EStG](#) entsprechenden Berechnung (Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben) ergibt. Erst wenn der Gewinn danach nicht ermittelt werden kann, ist nach [§ 2 Abs 8 Satz 3 BEEG](#) von den Einnahmen eine Betriebskostenpauschale in Höhe von 20 % abzuziehen.

18

Nach [§ 2 Abs 8 Satz 5 BEEG](#) bleiben auf Antrag der berechtigten Person entsprechend der in [§ 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG](#) für abhängig Beschäftigte getroffenen Regelung Kalendermonate des Bezugs von Elterngeld für ein älteres Kind oder von Mutterschaftsgeld sowie Kalendermonate, in denen wegen einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung die Erwerbstätigkeit nicht ausgeübt werden konnte, bei der Bestimmung des Zwölfmonatszeitraums vor der Geburt des Kindes unberücksichtigt.

19

bb) Ist die dem zu berücksichtigenden Einkommen ua aus selbstständiger Arbeit zugrunde liegende Erwerbstätigkeit "sowohl während des gesamten für die Einkommensermittlung vor der Geburt maßgeblichen Zeitraums als auch während des gesamten letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraums ausgeübt worden", gilt nach [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) "abweichend von Abs 8" als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielt. Das monatliche Einkommen aus dieser Erwerbstätigkeit der durchschnittlich monatlich erzielte Gewinn, wie er sich aus dem für den Veranlagungszeitraum ergangenen Steuerbescheid ergibt.

20

Diese Fiktion tritt nach [§ 2 Abs 9 Satz 2 BEEG](#) nicht ein, wenn im Veranlagungszeitraum die Voraussetzungen des [§ 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG](#) vorgelegen haben, also Elterngeld für ein älteres Kind oder Mutterschaftsgeld bezogen worden ist und/oder Einkommen aus Erwerbstätigkeit wegen einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung ganz oder teilweise weggefallen ist.

21

b) Entgegen der Auffassung des LSG und der Beklagten kommt im vorliegenden Fall eine Ermittlung des zu berücksichtigenden Einkommens der Klägerin aus selbstständiger Arbeit nach [§ 2 Abs 1 und 8 BEEG](#) in Betracht. Der erkennende Senat hat bereits entschieden (Urteil vom 3.12.2009 - [B 10 EG 2/09 R](#) - [SozR 4-7837 § 2 Nr 5](#) RdNr 23 ff; vgl dazu Röhl, NJW 2010, 1418, 1420 f; Reichelt/Siedenburg, NJW 2010, 3808), dass es für die Anwendung des [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik, Sinn und Zweck des Elterngeldes sowie unter Beachtung der sich aus [Art 3 Abs 1 GG](#) ergebenden Grenzen typisierender Regelungen nicht ausreicht, dass im letzten steuerlichen Veranlagungszeitraum ebenso wie in dem maßgeblichen Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt überhaupt eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt worden ist. Vielmehr muss die in beiden Zeiträumen durchgängig ausgeübte Erwerbstätigkeit nach Art und (zeitlichem) Umfang im Wesentlichen übereinstimmen. Weicht der (zeitliche) Umfang in beiden Zeiträumen um mindestens 20 % voneinander ab, kann nicht nach [§ 2 Abs 9 BEEG](#) vorgegangen werden. Vielmehr hat die Einkommensermittlung nach [§ 2 Abs 8 BEEG](#) zu erfolgen.

22

An dieser Rechtsprechung hält der erkennende Senat nach erneuter Prüfung fest. Für die einschränkende Auslegung der gesetzlichen Fiktion des [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) sind vor allem verfassungsrechtliche Erwägungen maßgebend (BSG [SozR 4-7837 § 2 Nr 5](#) RdNr 36 ff). Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine typisierende Regelung, die aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung bei Selbstständigen einen Rückgriff auf den Steuerbescheid für den letzten abgeschlossenen Veranlagungszeitraum ermöglichen soll. Dabei ist der Gesetzgeber von der Annahme ausgegangen, dass das Einkommen im Veranlagungszeitraum für das Einkommen im Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt des Kindes repräsentativ ist (vgl [BT-Drucks 16/2785 S 38](#)). Diese Annahme ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn die dem zu berücksichtigenden Einkommen zugrunde liegende Erwerbstätigkeit nach Art und Umfang erheblich von der Erwerbstätigkeit im maßgeblichen Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt des Kindes abweicht.

23

Im Hinblick auf diese verfassungskonforme Auslegung teilt der erkennende Senat in Übereinstimmung mit dem LSG die von der Klägerin auch in der Revisionsinstanz vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken nicht. Insbesondere ist der Gesetzgeber nicht gehindert, Einkommen aus verschiedenen Einkunftsarten aus besonderen sachlichen Gründen ungleich zu behandeln (vgl [BVerfGE 99, 88, 95; 105, 73, 126](#)). Die unterschiedliche Behandlung von Einkünften aus selbstständiger und nichtselbstständiger Arbeit bei der Einkommensermittlung nach [§ 2 Abs 7 bis 9 BEEG](#) ist gerechtfertigt in Anbetracht der zahlreichen Unterschiede zwischen einer selbst- und einer fremdbestimmten Erwerbstätigkeit, vor allem hinsichtlich Arbeitseinsatz sowie Zeitpunkt und Höhe des erzielten Einkommens (vgl [BT-Drucks 16/2785 S 38](#)).

24

Eine erhebliche Abweichung der Art nach erfordert eine unterschiedliche Ausrichtung der in beiden Zeiträumen durchgängig ausgeübten Erwerbstätigkeit. Eine solche liegt nicht bereits dann vor, wenn sich die selbstständige Erwerbstätigkeit im letzten abgeschlossenen

steuerlichen Veranlagungszeitraum - wie hier - noch in einer Aufbau- oder Anlaufphase befunden hat, denn die damit verbundenen Auswirkungen auf das Einkommen sind für eine selbstständige Erwerbstätigkeit typisch (vgl auch Röhl, NJW 2010, 1418, 1420; Reichelt/Siedenburg, NJW 2010, 3808).

25

Ob hier der Zeitaufwand der Klägerin für die selbstständige Erwerbstätigkeit im letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum von demjenigen im maßgeblichen Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt des Kindes um mindestens 20 % abweicht, hat das LSG nicht festgestellt. Soweit es in dem angefochtenen Urteil ausführt, dass die Klägerin nicht vorgetragen habe und sich auch aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür ergäben, dass sich der zeitliche Umfang ihrer Anwaltstätigkeit vor der Geburt des Sohnes um 20 % oder mehr im Vergleich zum Veranlagungszeitraum (Jahr 2006) verändert hätten, hat es insoweit keine hinreichenden tatsächlichen Feststellungen getroffen. Da der erkennende Senat die fehlenden Tatsachenfeststellungen im Revisionsverfahren nicht nachholen kann, ist das angefochtene Urteil des LSG aufzuheben und die Sache an dieses Gericht zurückzuverweisen ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)).

26

3. In dem wieder eröffneten Berufungsverfahren wird das LSG Folgendes zu berücksichtigen haben:

27

a) Es wird zunächst davon ausgegangen werden können, dass der Zeitraum von Dezember 2006 bis November 2007 der maßgebliche Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt des Sohnes der Klägerin (9.12.2007) ist. Mit ihrem Klageantrag hat die Klägerin nämlich zum Ausdruck gebracht, dass sie keine Verschiebung des Bemessungszeitraums nach [§ 2 Abs 8 Satz 5](#) iVm Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG begehrt. Zur Klärung, ob als Einkommen aus selbstständiger Arbeit gemäß [§ 2 Abs 8 Satz 1 bis 4 BEEG](#) der in diesem Zeitraum tatsächlich erzielte Gewinn oder an dessen Stelle nach Maßgabe des [§ 2 Abs 9 BEEG](#) derjenige Gewinn zugrunde zu legen ist, der sich aus dem Steuerbescheid für den letzten abgeschlossenen Veranlagungszeitraum ergibt, wird das LSG die im Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt des Kindes durchgängig ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit festzustellen und sodann diese mit der im letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum durchgängig ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit hinsichtlich ihrer Art und ihres zeitlichen Umfangs zu vergleichen haben.

28

b) Sollte das LSG aufgrund weiterer Ermittlungen zu dem Ergebnis gelangen, dass - gemessen am zeitlichen Arbeitseinsatz - der Umfang der von der Klägerin im maßgeblichen Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt ihres Sohnes durchgängig ausgeübten selbstständigen Erwerbstätigkeit um weniger als 20 % von demjenigen im letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum abgewichen ist, gilt nach [§ 2 Abs 9 Satz 1 BEEG](#) der durchschnittlich monatlich erzielte Gewinn, wie er sich aus dem für den Veranlagungszeitraum (hier für das Jahr 2006) ergangenen Steuerbescheid ergibt, als durchschnittlich erzielter monatlicher Gewinn aus selbstständiger Arbeit. Weist dieser - wie hier - nur negative Einkünfte aus selbstständiger Arbeit aus, wird nach [§ 2 Abs 5 BEEG](#) Elterngeld in Höhe des Mindestbetrages von 300 Euro gewährt.

29

c) Sollte das LSG feststellen, dass der zeitliche Umfang der selbstständigen Erwerbstätigkeit der Klägerin im maßgeblichen Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt ihres Sohnes um mindestens 20 % von demjenigen im letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum abgewichen ist, hat es - wie von der Klägerin letztlich begehrt - nach [§ 2 Abs 1 und 8 BEEG](#) vorzugehen.

30

4. Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2011-04-14