

## L 2 EG 4/18

Land

Hamburg

Sozialgericht

LSG Hamburg

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

2

1. Instanz

SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen

S 31 EG 12/16

Datum

21.06.2018

2. Instanz

LSG Hamburg

Aktenzeichen

L 2 EG 4/18

Datum

27.02.2019

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

1. Die Berufung wird zurückgewiesen. 2. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. 3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich der Höhe nach gegen die Forderung nach Erstattung von vorläufig gezahltem Elterngeld und begehrt stattdessen die Gewährung höheren Elterngelds unter Anrechnung eines geringeren Einkommens aus selbstständiger Tätigkeit während der Bezugszeit.

Die 1973 geborene Klägerin ist deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in H. und seit Februar 2010 als selbstständige Rechtsanwältin tätig. Ab dem 1. Juli 2011 (bis Ende 2012) war sie Juniorpartnerin der Kanzlei S., mit der sie zur Gewinnermittlung unter anderem vereinbarte, dass die Parteien davon ausgingen, dass das Dezernat der Klägerin jährliche Kosten in Höhe von 60.000,00 Euro verursache und dass sie von den ersten 120.000,00 Euro in ihrem Dezernat erzielt Umsatz 50 % als Gewinnanteil erhalte in monatlich nachschüssigen Raten von 5000,00 Euro. Beträge der Jahresumsatz der Klägerin weniger als 120.000,00 Euro, so erhalte sie keinen festen prozentualen Gewinnanteil, sondern als solchen den die durch ihr Dezernat veranlassten Kosten übersteigenden Betrag. Lagen die Umsätze unter 60.000,00 Euro, erhalte die Klägerin keinen Gewinnanteil. Anlässlich der voraussichtlich im September bevorstehenden Geburt eines Kindes wurde abweichend von den grundsätzlichen Regelungen vereinbart, dass für das Rumpfgeschäftsjahr 2011 statt 5000,00 Euro monatliche Vorabentnahme für die Monate Juli und August 2011 ein Betrag von 8000,00 Euro jeweils nachschüssig zum Ende des Monats ausgezahlt werde. Für den Monat September 2011 erhalte die Klägerin keinen festen Vorabgewinn. Für die Monate Oktober bis einschließlich Dezember 2011 würden feste Vorabgewinne in Höhe von je 800,00 Euro ausgezahlt, wobei die Klägerin jedoch berechtigt sei, ihr zustehende voraussichtliche Gewinnanteile zu ermitteln und hierauf angemessene Abschlagszahlungen anzufordern, die dann von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausbezahlt seien.

Am xxxxx 2011 gebar die Klägerin ihre Tochter C., für deren 1. bis 12. Lebensmonat sie bei der Beklagten unter dem 27. September 2011 Elterngeld nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) beantragte. Sie betreute und erzog ihre Tochter selbst zusammen mit dem Kindsvater, der jedenfalls zunächst keinen eigenen Antrag auf Elterngeld stellte, in dem gemeinsamen Haushalt, dem nur dieses eine Kind angehörte. Die Summe des zu versteuernden Einkommens beider Elternteile lag im Kalenderjahr vor der Geburt des Kindes unter 500.000,00 Euro. Die Klägerin hatte als privat Krankenversicherte keinen Anspruch auf Mutterschaftsgeld und führte bis zur Geburt Pflichtbeiträge zum Versorgungswerk der Rechtsanwältin in Höhe von monatlich 328,35 Euro ab. Danach war sie zunächst "wegen der Kinderbetreuung ohne Einkünfte aus selbstständiger anwaltlicher Tätigkeit" beitragsfrei gestellt und zahlte dann ab dem 9. Januar 2012 (Beginn des 5. Lebensmonats ihrer Tochter) einen Monatsbeitrag von 329,28 Euro. Die Klägerin gab an, während ihrer betreuungsbedingten Abwesenheit in der Kanzlei von einer anderen Partnerin vertreten zu werden, ab dem 8. Oktober 2011 mit 10 bis 20 Wochenstunden wieder erwerbstätig zu sein und hieraus ein Einkommen in Höhe von durchschnittlich monatlich 0,00 Euro zu erzielen. Die Klägerin legte zunächst Gewinnermittlungen für die Zeiträume vom 1. September 2010 bis 31. Dezember 2010 und vom 1. Januar 2011 bis 31. August 2011 sowie eine Gewinnerwartung für den Zeitraum von September 2011 bis August 2012 vor, die bis Ende des Jahres 2011 von einem Gewinn in Höhe von 0,00 Euro monatlich ausging und dies für die Zeit danach lediglich infrage stellte.

Mit Bescheid vom 12. Oktober 2011 bewilligte die Beklagte der Klägerin unter dem Vorbehalt der Rückforderung (§ 8 Abs. 3 BEEG in der damals geltenden Fassung (a.F.) vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1885)) Elterngeld in Höhe des gesetzlichen Mindestbetrages von 300,00 Euro monatlich (§ 2 Abs. 5 Satz 1 BEEG a.F.) für den Bezugszeitraum vom xxxxx 2011 bis zum 7. September 2012. Dabei ging die Beklagte von einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen im Bemessungszeitraum von 5916,17 Euro und einem durchschnittlichen monatlichen Einkommen aus der beabsichtigten Teilzeittätigkeit im Bezugszeitraum in Höhe von 5565,28 Euro aus, das den Maximalbetrag

des monatlichen Einkommens im Bemessungszeitraum von 2700,00 Euro ([§ 2 Abs. 3 Satz 2 BEEG](#) a.F.) übersteige.

Hiergegen legte die Klägerin am 24. Oktober 2011 mit der Begründung Widerspruch ein, dass der zu erwartende Gewinn entgegen der Veranschlagung durch die Beklagte null bzw. negativ sei. Sie legte eine Gewinnprognose für den Zeitraum vom xxxxx 2011 bis 7. September 2012 vor, wonach den zu erwartenden Betriebseinnahmen in Höhe von 65.500,00 Euro Betriebsausgaben in Höhe von 66.258,00 Euro gegenüberstünden, diese also um 758,00 Euro überstiegen.

Daraufhin half die Beklagte dem Widerspruch mit Bescheid vom 30. Dezember 2011 ab und gewährte nunmehr Elterngeld in Höhe von 1755,00 Euro monatlich für die ersten zwölf Lebensmonate der Tochter der Klägerin und zahlte dementsprechend 5820,00 Euro nach. In der Begründung des Bescheides hieß es, dass im Bezugszeitraum voraussichtlich kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt werde. Bis zum Nachweis des tatsächlich erzielten Einkommens erfolge die Zahlung des Elterngeldes vorläufig und das Einkommen sei nach Ablauf des Bezugszeitraums nachzuweisen. Eventuell überzahltes Elterngeld werde zurückgefordert.

Mit Schreiben vom 29. Februar 2012 teilte die Klägerin mit, dass sie den Umfang ihrer Tätigkeit nunmehr auf etwa 25 Stunden pro Woche erhöht habe. Somit werde es ab Februar erstmals seit der Geburt ihrer Tochter wieder Gewinnentnahmen geben, die voraussichtlich den Nettobetrag von 2700,00 Euro überschreiten würden. Sie regte daher an, das Elterngeld ab dem Monat März 2012 auf 300,00 Euro monatlich herabzusetzen.

Die Beklagte fertigte am 25. Mai 2012 einen vier Tage später abgesandten Neufeststellungs- und Rückforderungsbescheid, mit welchem sie den Bescheid vom 30. Dezember 2011 abänderte und nunmehr Elterngeld unter dem Vorbehalt der Rückforderung gemäß [§ 8 Abs. 3 BEEG](#) a.F. für die ersten vier Lebensmonate (xxxxx 2011 bis 7. Januar 2012) in Höhe von 1800,00 Euro und ab dem 5. Lebensmonat nur noch in Höhe von 300,00 Euro monatlich bewilligte. Zugleich forderte die Beklagte die Klägerin auf, die Überzahlung von 7095,00 Euro zu erstatten.

Hiergegen legte die Klägerin am 2. Juli 2012, einem Montag, Widerspruch ein und beschränkte diesen auf die Festsetzung des Elterngelds für den Zeitraum vom 8. Januar 2012 bis 7. Februar 2012 – statt 300,00 Euro wären 1322,35 Euro festzusetzen – und die daraus resultierende Rückforderung. Im Januar habe es noch keine Privatentnahme gegeben.

Über den Widerspruch entschied die Beklagte nicht.

Anfang des Jahres 2013 legte die Klägerin eine Erklärung zum zeitlichen Umfang ihrer Erwerbstätigkeit im Elterngeldbezugszeitraum (maximal 30 Stunden wöchentlich) sowie eine Gewinnermittlung nach [§ 4 Abs. 3](#) Einkommensteuergesetz (EStG) für den Zeitraum vom xxxxx 2011 bis 7. September 2012 vor, wonach sie einen Gewinn in Höhe von 58.006,99 Euro erzielte. Ausweislich der beigelegten Monatsaufstellung erwirtschaftete sie in den Monaten September bis Januar 2011 jeweils einen Fehlbetrag, in den darauffolgenden Monaten hingegen Überschüsse. Aus dem ebenfalls eingereichten Einkommensteuerbescheid vom 2. Februar 2012 für 2010 sowie einer telefonischen Auskunft des Finanzamts ergab sich, dass im Jahr 2011 keine Einkommenssteuervorauszahlungen erfolgten, für das Jahr 2011 jedoch bis zum 6. März 2012 eine solche in Höhe von 10.137,00 Euro zzgl. 557,53 Euro Solidaritätszuschlag zu entrichten war sowie im März und Juni 2012 solche für das Jahr 2012 in Höhe von jeweils 2525,00 Euro zzgl. 138,00 Euro Solidaritätszuschlag.

Mit Bescheid vom 1. Februar 2013 stellte die Beklagte nunmehr endgültig Elterngeld für die ersten zwölf Lebensmonate der Tochter der Klägerin in Höhe von monatlich 300,00 Euro fest und forderte einen Betrag in Höhe von 12.195,00 Euro zurück.

Auch hiergegen legte die Klägerin am 1. März 2013 Widerspruch ein und beschränkte diesen auf den 6195,00 Euro übersteigenden Rückzahlungsbetrag. Es sei unberücksichtigt gelassen worden, dass sie im ersten Monat nicht gearbeitet habe, dass sie ab Februar 2012 wieder Beiträge an das Versorgungswerk der Rechtsanwälte und über die in den Monaten März und Juni 2012 angefallenen Steuervorauszahlungen hinaus im März 2012 eine Steuernachzahlung in Höhe von 17.989,89 Euro für das Kalenderjahr 2011 geleistet habe (tatsächlich setzte sich dieser Betrag aus den nachträglich festgesetzten Vorauszahlungen für 2011 sowie der Steuernachforderung für 2010 zusammen). Des Weiteren sei nicht berücksichtigt worden, dass sie bis einschließlich Januar 2012 ausschließlich negative Einkünfte erzielt habe. Dementsprechend habe sie in diesen Monaten kein Einkommen im Sinne des [§ 2 Abs. 3 Satz 1 BEEG](#) a.F. erzielt. Es liege auf der Hand, dass der Gesetzgeber – unter Berücksichtigung der Begründung des BEEG – mit der dortigen Formulierung nicht solche Monate gemeint haben könne, in denen ein negatives Einkommen erzielt worden sei, weil der das Kind betreuende Elternteil seine Zeit – im Sinne des Gesetzes – dem Kind gewidmet habe. Dementsprechend seien lediglich Einkünfte in denjenigen Monaten zu berücksichtigen, in denen tatsächlich auch ein positives Einkommen erzielt worden sei. Dies seien in ihrem Fall die Monate Februar 2012 bis September 2012.

Die Beklagte half dem Widerspruch mit Bescheid vom 21. März 2013 teilweise ab und gewährte für den ersten Lebensmonat 1800,00 Euro Elterngeld, für alle folgenden Lebensmonate weiterhin lediglich 300,00 Euro. Die Erstattungsforderung wurde auf 10.695,00 Euro reduziert, wovon die Klägerin 6195,00 Euro beglich.

Im Übrigen wies die Beklagte den Widerspruch mit den Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 1. Juli 2016 zugestelltem Widerspruchsbescheid vom 30. Juni 2016 als unbegründet zurück. Sie nahm Bezug auf eine E-Mail vom 5. November 2014, mit der sie der Klägerin nach Erhalt eines Rundschreibens des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 20. August 2014 zu dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 4. September 2013 – [B 10 EG 18/12 R](#) – die Gründe für die aus ihrer Sicht fehlenden Erfolgsaussichten des Widerspruchs dargelegt hatte.

Mit der am 1. August 2016 erhobenen Klage hat die Klägerin in erster Linie die Gewährung eines monatlichen Elterngeldes in Höhe von 1800,00 Euro für den Zeitraum vom xxxxx 2011 bis 7. Februar 2012 sowie eine Reduzierung der Erstattungsforderung auf 6195,00 Euro angestrebt und sich ihrerseits auf das Urteil des BSG vom 4. September 2013 – [B 10 EG 18/12 R](#) – berufen. Das von der Beklagten in Bezug genommene Rundschreiben des Ministeriums beruhe auf einer Fehlinterpretation. Es sei eine monatsweise Betrachtung vorzunehmen. Anderenfalls läge ein Verstoß gegen [Art. 3 Abs. 1](#) und 2 Grundgesetz (GG) vor. Die Auslegung der gesetzlichen Vorschrift des [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. führe zu einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung von selbstständig Tätigen gegenüber abhängig Beschäftigten und träfe zudem hauptsächlich Frauen. Zudem verstieße eine solche Auslegung gegen das in [Art. 12 GG](#) verankerte Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit. Hilfsweise verzichte sie auf den Anspruch auf Elterngeld für den sechsten bis zwölften Lebensmonat. Hierdurch

werde der "relevante Zeitraum" auf den Zeitraum vom 1. bis 5. Lebensmonat des Kindes begrenzt, in dem sie ausschließlich negative Einkünfte gehabt habe, sodass das BSG-Urteil selbst nach der Auslegung des Bundesfamilienministeriums anwendbar wäre. Schließlich hat die Klägerin, die nach Hinweis des Sozialgerichts ihren noch offenen Widerspruch gegen den vorläufigen Änderungsbescheid vom 25. Mai 2012 zurückgenommen hat, ausgeführt, dass sie Gewinne nicht etwa aus den ersten Monaten der Elternzeit in spätere Monate verschoben habe.

Die Beklagte hat an ihrer Auffassung festgehalten, wonach eine Anwendbarkeit des [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. nur dann ausscheide, wenn ausschließlich negative Einkünfte erzielt würden. Andernfalls sei auf das durchschnittliche nachgeburtliche Einkommen abzustellen.

Das Sozialgericht hat über die Klage am 21. Juni 2018 mündlich verhandelt und diese mit Urteil vom selben Tag abgewiesen. Die Klage sei, nachdem die Klägerin den Widerspruch gegen den vorläufigen Änderungsbescheid vom 25. Mai 2012 zurückgenommen habe, zulässig geworden. Die Klägerin habe sich danach in zulässiger Weise mit ihrem Widerspruch gegen den endgültigen Bewilligungs- und Erstattungsbescheid vom 1. Februar 2013 wenden können, da dieser nicht mehr Gegenstand des durch die Rücknahme beendeten Widerspruchsverfahrens gegen den vorläufigen Änderungsbescheid vom 25. Mai 2012 gewesen sei ([§ 86 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)). Die Klage sei indes unbegründet. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf höheres als durch Bescheid vom 1. Dezember 2013 bewilligtes Elterngeld. Auch mit ihrem hilfsweise gestellten Antrag könne sie nicht durchdringen. Aus diesem Grund erweise sich auch die Erstattungsforderung als rechtmäßig. Die Ermächtigung zum Erlass einer von dem Bescheid vom 12. Oktober 2011 in der Fassung der Änderungsbescheide vom 20. Dezember 2011 und 25. Mai 2012 abweichenden Regelung ergebe sich aus dem gemäß [§ 8 Abs. 3 BEEG](#) a.F. zulässigen Vorbehalt der Vorläufigkeit. Das vorgeburtliche Einkommen der Klägerin, die die Anspruchsvoraussetzungen des [§ 1 BEEG](#) a.F. erfülle, habe die Beklagte zu Recht anhand einer Gewinnermittlung nach [§ 4 Abs. 3 Einkommensteuergesetz \(EStG\)](#); hier maßgebliche Fassung vom 8. Oktober 2009 ([BGBl. I S. 3366](#)) für den Zeitraum vom 1. September 2010 bis 31. August 2011 gemäß [§ 2 Abs. 8 BEEG](#) a.F. berechnet. Dagegen habe die Klägerin keine Einwände erhoben. Gegen die Anwendung des [§ 2 Abs. 8 BEEG](#) a.F. bestünden auch keine Bedenken, denn [§ 2 Abs. 9 BEEG](#) a.F. komme vorliegend nicht zur Anwendung. Die Klägerin übe die selbstständige Tätigkeit erst seit dem 1. Februar 2010, und damit nicht bereits während des gesamten letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraums - hier 2010 - aus ([§ 2 Abs. 9 Satz 1 BEEG](#) a.F.). Als Einkommen aus selbstständiger Arbeit sei daher der um die auf dieses Einkommen entfallenen Steuern und die aufgrund dieser Erwerbstätigkeit geleisteten Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung verminderte Gewinn zu berücksichtigen ([§ 2 Abs. 8 Satz 1 BEEG](#) a.F.). Grundlage der Einkommensermittlung sei demnach der Gewinn, wie er sich aus einer mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#) entsprechenden Berechnung ergebe ([§ 2 Abs. 8 Satz 2 BEEG](#) a.F.). Danach ergebe sich ein durchschnittliches Nettoeinkommen in Höhe von 5916,17 Euro. Hiervon ausgehend errechne sich gemäß [§ 2 Abs. 1 Satz 1](#) i.V.m. [§ 2 Abs. 2 Satz 2 BEEG](#) a.F. ein Elterngeldanspruch in Höhe von monatlich 1800,00 Euro (65 Prozent von 5.916,17 Euro begrenzt auf den Höchstbetrag von 1800,00 Euro), sofern [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) nicht zur Anwendung komme. Danach werde für Monate nach der Geburt des Kindes, in denen die berechnete Person ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erziele, das durchschnittlich geringer sei als das nach Absatz 1 berücksichtigte durchschnittlich erzielte Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt, Elterngeld in Höhe des nach Absatz 1 oder 2 maßgeblichen Prozentsatzes des Unterschiedsbetrages dieser durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit gezahlt. Als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielt monatliches Einkommen aus Erwerbstätigkeit sei dabei höchstens der Betrag von 2700,00 Euro anzusetzen. Streitig sei, ob die Klägerin in den ersten fünf Lebensmonaten ihrer Tochter ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt habe, weil sie zwar ab dem zweiten Lebensmonat erwerbstätig gewesen sei, indes in den kommenden Monaten nur Negativeinkünfte erwirtschaftet habe. Das BSG habe in seinem Urteil vom 4. September 2013 - [B 10 EG 18/12 R](#) - hierzu ausgeführt, dass die Vorschrift des [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. dann nicht zur Anwendung komme, wenn im Bezugszeitraum nur negatives Einkommen erzielt werde. Nach dem Wortlaut der Vorschrift und unter Zugrundelegung eines natürlichen Wortverständnisses käme diese zwar auch dann zur Anwendung, wenn nur Verluste realisiert worden seien. Die Systematik des Gesetzes lege es indes nahe, dass auch für die Zeit nach der Geburt nur die Summe der positiven Einkünfte zugrunde zu legen sei. Personen mit negativem Einkommen seien so zu behandeln, als erzielten sie gar kein Einkommen. Diese Grundkonzeption werde durch [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. nur ergänzt, nicht aber abgeändert. Dies entspreche auch dem Sinn und Zweck des Elterngeldes, dass jeder betreuende Elternteil, der seine Erwerbstätigkeit unterbreche oder reduziere, einen an seinem individuellen Einkommen orientierten Ausgleich für die finanziellen Einschränkungen im ersten Lebensjahr erhalten solle. Da das Elterngeld zur Sicherung des Lebensunterhaltes beitragen solle, erscheine eine Absenkung des Elterngeldes nach [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. nur dann sachgerecht, wenn im Bezugszeitraum auch tatsächlich positive Einkünfte erzielt würden. Habe der Anspruchsberechtigte im Bezugszeitraum hingegen nur negative Einkünfte, stünden ihm zur Sicherung des Lebensunterhaltes keine eigenen Mittel zur Verfügung, weshalb eine Absenkung des Elterngeldes nach [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. sinnwidrig sei. Die Entscheidung des BSG sei in dem hier vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar. Denn in Abweichung zu dem dortigen Sachverhalt habe die Klägerin im Bezugszeitraum sowohl in einzelnen Monaten negative, in anderen Monaten hingegen positive Einkünfte erzielt, also nicht ausschließlich negative Einkünfte. In der Summe sei ein Gewinn erwirtschaftet worden. Der Wortlaut selbst schließe es bei einem weiten Begriffsverständnis grundsätzlich nicht aus, von einer Erzielung von Einkünften zu sprechen, wenn Verluste realisiert worden seien. Denn die Einkünfte selbst seien auch dann noch geringer als in den Monaten vor der Geburt. Es entspreche auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, Verluste als negative Einkünfte zu bezeichnen. Der Wortlaut des [§ 2 Abs. 1](#) (gemeint: Abs. 3) Satz 1 BEEG a.F. spreche auch nicht ausdrücklich von positiven Einkünften (anders als [§ 2 Abs. 1 Satz 1](#) (gemeint: Satz 2) BEEG a.F.: "Summe der positiven Einkünfte"), sondern neutral von Einkünften, weshalb auch negative Einkünfte umfasst sein könnten. Das vom BSG im Weiteren herangezogene Argument für die Auslegung nach Sinn und Zweck greife sodann bei sowohl negativen als auch positiven Einkünften, im Saldo aber positiven Einkünften nicht durch. Denn tatsächlich hätten der Klägerin im Bezugszeitraum in der Summe positive Einkünfte zur Verfügung gestanden, die - auch unter Berücksichtigung der realisierten Verluste - noch so hoch gewesen seien, dass sie zur Sicherung des Lebensunterhaltes hätten beitragen können und eine Absenkung des Elterngeldes rechtfertigten. Schließlich stelle [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. auch ausdrücklich auf das durchschnittlich erzielte Einkommen im Bezugszeitraum ab, weshalb hiervon genau auch der Fall umfasst sei, bei dem nur teilweise positives Einkommen im Bezugszeitraum erzielt werde (Hinweis auf BSG, a.a.O., juris-Rn. 37; BSG, Urteil vom 21. Juni 2016 - [B 10 EG 3/15 R](#) zur Betonung der durchschnittlichen Betrachtungsweise im Bezugszeitraum; Landessozialgericht Sachsen-Anhalt, Urteil vom 4. Dezember 2014 - [L 2 EG 5/12](#)). Soweit die Klägerin geltend mache, dass bei einer derartigen Auslegung des Gesetzes das Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit gegenüber Einkommen aus abhängiger Beschäftigung in ungerechtfertigter Weise anders behandelt werde, weil bei einem abhängig Beschäftigten typischerweise kein negatives Einkommen in Monaten der Erwerbstätigkeit erzielt werde und daher auch nicht in die Berechnung einfließe, vermöge die Kammer keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des [Art. 3 Abs. 1 GG](#) zu erkennen. Diese Einbeziehung negativer Einkünfte in die Berechnung des durchschnittlichen Einkommens im Bezugszeitraum sei sachlich gerechtfertigt. Denn Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit unterlägen ihrer Natur nach häufiger Schwankungen als solche aus nichtselbstständiger Tätigkeit. Zudem sei der Selbstständige in der Lage, den Einkommenszufluss leichter zu beeinflussen als ein abhängig

Beschäftigter, z.B. durch eine verzögerte Rechnungsstellung. Mit der Einbeziehung von Monaten mit negativen Einkommen im Bezugszeitraum würden somit Zufallsergebnisse vermieden (Hinweis auf BSG, Urteile vom 5. April 2012 – [B 10 EG 10/11 R](#) – und vom 21. Juni 2016 – [B 10 EG 8/15 R](#)). Einen Verstoß gegen [Art. 3 Abs. 2 GG](#) oder [Art. 12 GG](#) vermöge die Kammer ebenfalls nicht erkennen. Es sei bereits nicht erkennbar, weshalb selbstständig tätige Mütter bei einem Bezugszeitraum von zwölf Monaten gezwungen sein sollten, ihre selbstständige Tätigkeit in einem Umfang auszuüben, dass nicht nur Verluste ausgeglichen, sondern auch Gewinne realisiert würden, um eine Insolvenz am Ende des Elterngeldbezuges zu vermeiden. Das Gesetz räume zudem Vätern wie Müttern gleichermaßen das Recht ein, für mehr als zwei Monate Elterngeld zu beanspruchen. Die Berechnung der Beklagten sei daher nicht zu beanstanden, soweit auch im zweiten bis fünften Bezugsmonat ein aus den elf Bezugsmonaten, in denen die Klägerin erwerbstätig gewesen sei, durchschnittlich gebildetes Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit gemäß der von der Klägerin eingereichten Gewinn- und Verlustrechnung nach [§ 4 Abs. 3 EStG](#) für den Zeitraum xxxxx 2011 bis 7. September 2012 zugrunde gelegt worden sei. Aus der Gewinn- und Verlustrechnung ergebe sich danach ein Gewinn in Höhe von 58.006,99 Euro, aus dem sich geteilt durch die elf Bezugsmonate ein durchschnittliches Einkommen in Höhe von 4833,33 Euro ermitteln lasse. Auch unter Abzug der von der Klägerin ab Januar 2012 gezahlten Beiträge an das Versorgungswerk der Rechtsanwältin und unter Berücksichtigung der im März und Juni 2012 zu zahlenden Einkommensteuer und des Solidaritätszuschlags auf dieses Einkommen unternehme sich ein durchschnittliches monatliches Nettoerwerbseinkommen in Höhe von 4526,76 Euro. Da dieses durchschnittliche Einkommen geringer sei als das vorgeburtliche Einkommen werde Elterngeld nur in Höhe des nach Absatz 1 oder 2 maßgeblichen Prozentsatzes des Unterschiedsbetrages dieser durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit gezahlt ([§ 2 Abs. 3 Satz 1 BEEG](#) a.F.). Als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzieltetes monatliches Einkommen aus Erwerbstätigkeit sei dabei jedoch höchstens der Betrag von 2.700,00 Euro anzusetzen ([§ 2 Abs. 3 Satz 2 BEEG](#) a.F.). Da das durchschnittliche Einkommen im Bezugszeitraum den Maximalbetrag des vorgeburtlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit von 2700,00 Euro indes übersteige, bestehe damit rechnerisch kein Anspruch auf Elterngeld mehr, weshalb es nur in Höhe des Mindestbetrages nach [§ 2 Abs. 5 Satz 1 BEEG](#) beansprucht werden könne. Ein anderes Ergebnis ergäbe sich auch nicht, wenn die weitere Steuervorauszahlung in Höhe von 17.989,89 Euro für das Kalenderjahr 2011 entsprechend der Auffassung der Klägerin vom Gewinn im Bezugszeitraum in Abzug zu bringen wäre. Denn auch dann verbliebe ein durchschnittliches monatliches Nettoerwerbseinkommen von über 2700,00 Euro ((58.006,99 Euro – 2886,69 Euro Beiträge – 23.315,89 Euro Steuern und Solidaritätszuschlag): 11 Monate = 2891,31 Euro). Auch mit ihrem hilfsweisen Begehren könne die Klägerin nicht durchdringen. Ob im Klageverfahren die Antragsrücknahme als innerprozessualer Vorgang nur hilfsweise erklärt werden könne, könne offenbleiben. Denn die Voraussetzungen für eine wirksame Rücknahme lägen nicht vor. Die Bewilligung von Elterngeld sei antragsabhängig ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) a.F.). In dem Antrag auf Elterngeld sei anzugeben, für welche Monate Elterngeld beantragt werde. Als einseitiges Recht sei es der Klägerin zwar unbenommen, durch die Antragstellung den Bezugszeitraum zu bestimmen, weshalb es ihr auch grundsätzlich freistehe, ihren Antrag zurückzunehmen. Dies gelte indes nicht zeitlich in unbegrenzt. Während in anderen Bereichen die Rücknahme des Antrags bis zur Bekanntgabe der Entscheidung im Verwaltungsverfahren zulässig sein solle (Hinweis auf BSG, Urteil vom 24. April 2015 – [B 4 AS 22/14 R](#); BSG, Urteil vom 16. September 1998 – [B 11 AL 17/98 R](#); Vogelgesang in: Hauck/Noftz, SGB, 06/09, § 18 SGB X, Rn. 29 unter Hinweis auf Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 25. Oktober 1988 – [9 C 18/88](#)), bestimme [§ 7 Abs. 2 BEEG](#) erweiternd, dass die im Antrag getroffene Entscheidung bis zum Ende des Bezugszeitraums ohne Angaben von Gründen einmal geändert werden könne. In Fällen besonderer Härte, insbesondere bei Eintritt einer schweren Krankheit, Schwerbehinderung oder Tod eines Elternteils oder eines Kindes oder bei erheblich gefährdeter wirtschaftlicher Existenz der Eltern nach Antragstellung sei bis zum Ende des Bezugszeitraums einmal eine weitere Änderung zulässig. Eine Änderung könne indes rückwirkend nur für die letzten drei Monate vor Beginn des Monats verlangt werden, in dem der Änderungsantrag eingegangen sei. Sie sei außer in den Fällen besonderer Härte unzulässig, soweit Monatsbeträge bereits ausgezahlt seien. Die erstmalig hilfsweise Geltendmachung des Verzichts bzw. der Rücknahme des Antrags auf Elterngeld ab dem sechsten Bezugsmonat sei erst mit der Klageerhebung und damit nach dem Ende des Bezugszeitraums und der Auszahlung des Elterngeldes und damit außerhalb des gesetzlich vorgesehenen Rahmens erfolgt. Auch die Erstattungsforderung begegne keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Soweit aufgrund der vorläufigen Leistungsbewilligung Elterngeld gezahlt worden sei, seien diese Zahlungen auf die endgültig bewilligten Leistungen anzurechnen. Die zu viel gezahlten Vorschüsse seien in entsprechender Anwendung des [§ 42 Abs. 2 Sozialgesetzbuch Erstes Buch](#) zu erstatten. Die Anrechnung der Vorschüsse auf die zustehenden Leistungen sowie die Erstattungspflicht seien selbstverständliche Folgen einer Vorschusszahlung. Die Klägerin sei im Bescheid vom 12. Oktober 2011 in der Fassung der Änderungsbescheide vom 30. Dezember 2011 und 25. Mai 2012 auch hinreichend deutlich auf die Erstattungspflicht im Falle einer Überzahlung hingewiesen worden (Hinweis auf BSG, Urteil vom 5. April 2012 – [B 10 EG 10/11 R](#)). Unter Zugrundelegung der Differenz zwischen den bewilligten Zahlungsbeträgen und den zustehenden Leistungsansprüchen ergebe sich der Erstattungsbetrag in Höhe von 10.695,00 Euro. Ein Rechenfehler zuungunsten der Klägerin sei nicht erfolgt. Ermessen sei nicht auszuüben gewesen.

Gegen dieses, ihren Prozessbevollmächtigten am 9. Juli 2018 zugestellte Urteil richtet sich die am 9. August 2018 eingelegte Berufung der Klägerin, mit der sie ihr Begehren unter Wiederholung und Vertiefung ihres vorgerichtlichen und erstinstanzlichen Vortrags weiter verfolgt. Das Sozialgericht verkenne den Kern des Rechtsstreits, nämlich dass negative Einkünfte keine Einkünfte im Sinne des BEEG sein könnten. In Monaten mit negativen Einkünften komme es schon gar nicht zu einer Anwendbarkeit des [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F., sondern der Anspruch auf Elterngeld entstehe aus [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) a.F. Soweit der Gesetzgeber der Exekutive eine Anleitung dafür gebe, wie diese Urteile oberster Bundesgerichte zu verstehen habe (gemeint ist das Rundschreiben des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 20. August 2014) und sich dann auch noch das Sozialgericht als Teil der Judikative daran orientiere, liege ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung vor.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 21. Juni 2018 aufzuheben, die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 1. Februar 2013 in der Fassung des Bescheides vom 21. März 2013 sowie des Widerspruchsbescheides vom 30. Juni 2016 zu verurteilen, ihr für den Zeitraum vom xxxxx 2011 bis zum 7. Februar 2012 Elterngeld in Höhe von monatlich 1800,00 Euro zu gewähren, und den Bescheid vom 1. Februar 2013 in der Fassung des Bescheides vom 21. März 2013 sowie des Widerspruchsbescheides vom 30. Juni 2016 insoweit aufzuheben, als er eine Erstattung von mehr als 6195,00 Euro vorsieht, hilfsweise, die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 1. Februar 2013 in der Fassung des Bescheides vom 21. März 2013 sowie des Widerspruchsbescheides vom 30. Juni 2016 zu verurteilen, ihr Elterngeld unter Berücksichtigung der Rücknahme des Elterngeldantrages für den Zeitraum ab dem 8. Februar 2012 zu bewilligen und die Erstattungsforderung entsprechend zu reduzieren, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Die Klägerin regt außerdem hilfsweise an, auch ein "Normenkontrollverfahren" in Betracht zu ziehen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Auch sie verweist auf ihre bisherigen Ausführungen. Die Klägerin missverstehe nach wie vor die entscheidungstragenden Gründe des BSG-Urteils vom 4. September 2013 – [B 10 EG 18/12 R](#). Anknüpfungspunkt der Differenzberechnung nach [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. sei die Bildung eines Durchschnitts des einerseits im Bemessungszeitraum erzielten, andererseits des im Bezugszeitraum erzielten Einkommens. Die Auffassung der Klägerin, innerhalb des Bezugszeitraums sei nach Zeiträumen mit negativem Einkommen und solchen Zeiträumen, in denen ein positives Einkommen erzielt worden sei, zu unterscheiden, finde im Gesetz keine Stütze und überschreite dessen Wortlaut. Eben aus diesem Grund habe das BSG in der genannten Entscheidung eine Nichtanwendbarkeit des [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. nur für solche Fälle konstatiert, in denen in den beanspruchten Bezugsmonaten nur negative Einkünfte festzustellen seien.

Der Senat hat über die Berufung am 27. Februar 2019 mündlich verhandelt. Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die Sitzungsniederschrift sowie den weiteren Inhalt der Prozessakte und der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte ([§§ 143,144 SGG](#)) und auch im Übrigen zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte ([§ 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)) Berufung der Klägerin ist mit Haupt- und (erstem) Hilfsantrag unbegründet. Das Sozialgericht hat die zulässige Klage zu Recht als unbegründet abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten 1. Februar 2013 in der Fassung des Bescheides vom 21. März 2013 sowie des Widerspruchsbescheides vom 30. Juni 2016 ist rechtmäßig. Die Klägerin hat weder einen Anspruch auf Gewährung höheren als des zuletzt bewilligten Elterngeldes noch auf Reduzierung der Erstattungsforderung.

Der Senat nimmt auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils mit der Maßgabe Bezug, dass die bei der Berechnung des durchschnittlichen Nettoeinkommens der Klägerin im Bezugszeitraum zu Grunde gelegten Werte für Abzugsposten teilweise zugunsten der Klägerin zu hoch sind (so betrug die 2012 geforderte Einkommensteuervorauszahlung für 2011 10.137,00 Euro zzgl. 557,53 Euro Solidaritätszuschlag und die Vorauszahlungen für 2012 2 × 2525,00 Euro zzgl. 138,00 Euro Solidaritätszuschlag, in der Summe also lediglich 16.020,53 Euro und nicht 23.315,89 Euro, auch die Summe der Beiträge zum Versorgungswerk der Rechtsanwälte lag niedriger als 2886,69 Euro), dies mithin keine Auswirkungen hat, und sieht von einer weiteren Darstellung der Gründe ab ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Mit der Berufung hat die Klägerin nichts wesentlich Neues vorgetragen.

Soweit sie einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung rügt, sei darauf hingewiesen, dass das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend als in seinem Geschäftsbereich oberste Aufsichtsbehörde selbst Teil der Exekutive und nicht Gesetzgeber ist und dass sich das Sozialgericht als Teil der Judikative ausweislich der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils nicht einfach an Handlungsanweisungen des Bundesministeriums orientiert, sondern sich eine eigene, unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung wohl erwogene Rechtsauffassung gebildet hat, die allerdings in dem vorliegend entscheidungserheblichen Punkt mit derjenigen der Exekutive übereinstimmt, was für sich genommen selbstverständlich rechtlich unbedenklich ist.

Soweit die Klägerin an ihrer Auffassung festhält, dass [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. schon gar nicht zur Anwendung komme, weil der dortige Begriff "Einkommen aus Erwerbstätigkeit" ebenso wie in [§ 2 Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) a.F. als "Summe der positiven im Inland zu versteuernden Einkünfte" zu verstehen und für jeden Monat gesondert zu überprüfen sei, übersieht sie, dass der Wortlaut dies nicht zwingend nahe legt und die Begriffsdefinition in [§ 2 Abs. 1 Satz 2 BEEG](#) a.F. auch Bezug nimmt auf [§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 EStG](#) und [§ 2 Abs. 7 bis 9 BEEG](#) a.F., von denen [§ 2 Abs. 8 BEEG](#) a.F. wiederum auf [§ 4 Abs. 3 EStG](#) verweist. All diesen Vorschriften ist gemein, dass sie für die Einkommens- bzw. Gewinnermittlung grundsätzlich – wie stets im Einkommensteuerrecht – auf das gesamte Wirtschaftsjahr abstellen, mithin Monate mit positiven und negativen Ergebnissen saldiert werden, wie es ebenfalls im Rahmen der Ermittlung des vorgeburtlichen Einkommens nach [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) a.F. geschieht. Nach [§ 2 Abs. 9 BEEG](#) a.F. wird der Zeitraum für die Bemessung des Elterngeldes unter den dort genannten Voraussetzungen sogar zeitlich zurückverlegt und mit dem letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum, also Kalenderjahr, vor der Geburt des Kindes synchronisiert. Das Abstellen auf die positiven Einkünfte in [§ 2 Abs. 1 Satz 3 BEEG](#) a.F. hat vor allem den Zweck, den sogenannten vertikalen Verlustausgleich über die dort genannten verschiedenen Einkommensarten hinweg auszuschließen (BSG, Urteil vom 27. Juni 2013 – [B 10 EG 2/12 R](#), SozR 4-7837 § 2 Nr. 21), dies im Gegensatz zum sogenannten horizontalen Verlustausgleich innerhalb derselben Einkommensart. Die genannten gesetzlichen Regelungen sind angesichts der auch vom Sozialgericht genannten Besonderheiten der Einkommensermittlung insbesondere selbstständig Tätiger sachgerecht. Ebenfalls zu Recht führt das Sozialgericht ebenso wie die Beklagte aus, dass Anknüpfungspunkt der Differenzberechnung nach [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) a.F. die Bildung eines Durchschnitts des einerseits im Bemessungszeitraum erzielten, andererseits des im Bezugszeitraum erzielten Einkommens ist. Wenn jedoch im Bemessungszeitraum ein horizontaler Verlustausgleich stattfindet, muss dies genauso im Bezugszeitraum erfolgen, um sachgerecht feststellen zu können, ob und ggf. inwieweit sich das Einkommen verringert hat. Ebenfalls zu Recht hat das Sozialgericht ausgeführt, dass die von ihm zugrunde gelegten rechtlichen Regelungen nicht gegen das Grundgesetz verstoßen, zumal sie ergebnisoffen sind. Auch wenn sie sich im Fall der Klägerin zu deren Lasten auswirken, können sie sich in anderen Fallgestaltungen zu Gunsten des bzw. der Elterngeldberechtigten auswirken. Daher kommt eine Aussetzung des Verfahrens und Vorlage nach [Art. 100 Abs. 1 GG](#) nicht in Betracht.

Den Ausführungen des Sozialgerichts zum (ersten) Hilfsantrag der Klägerin ist nichts hinzuzufügen. Nach Ablauf des Bezugszeitraums kommt eine Änderung des Elterngeldantrags nicht mehr in Betracht.

Danach hat die Klägerin in den streitigen Lebensmonaten 2 bis 12 lediglich Anspruch auf Elterngeld in Höhe des gesetzlichen Mindestbetrages von jeweils 300,00 Euro. Fehler bei der Berechnung der Höhe der Erstattungsforderung sind weder gerügt worden noch sonst ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und folgt dem Ausgang des Rechtsstreits.

Der Senat hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).  
Rechtskraft

Aus  
Login  
HAM  
Saved  
2019-03-26