

L 11 EG 4175/19

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

Abteilung
11
1. Instanz
SG Karlsruhe (BWB)

Aktenzeichen
S 9 EG 2358/19

Datum
15.11.2019

2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen

L 11 EG 4175/19
Datum

18.08.2020

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Leitsätze

Nach [§ 2 Abs 3 Satz 1 BEEG](#) hat nicht für jeden Bezugsmonat eine gesonderte Berechnung des anzurechnenden Einkommens zu erfolgen. Vielmehr hat die Bildung eines Durchschnittseinkommens im Bezugszeitraum unter Anrechnung bzw. Verteilung auf die Monate mit Einkommen zu erfolgen.

In die geforderte Durchschnittsberechnung sind Monate, in denen die Bezugsberechtigte zwar (weiterhin) als Syndikusrechtsanwältin zugelassen war, ihre sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Hauptpflichten jedoch während der Elternzeit ruhten, nicht einzubeziehen.

(Die Revision wurde vom Senat zugelassen)

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 15.11.2019 abgeändert und die Beklagte verurteilt, der Klägerin für das Kind H. für die Zeit vom 12.08. bis 11.09.2018 (3. Lebensmonat) 290,32 EUR und 12.04. bis 11.06.2019 (11. und 12. Lebensmonat) Elterngeld iHv monatlich 300 EUR sowie für den Zeitraum vom 12.09.2018 bis zum 11.04.2019 (4. bis 10. Lebensmonat) Elterngeld iHv 1.800 EUR zu gewähren. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen.

Die Beklagte erstattet die außergerichtlichen Kosten der Klägerin im Berufungsverfahren.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Höhe des Elterngeldes.

Die 1983 geborene Klägerin ist verheiratet und Mutter der 2018 geborenen H. (im Folgenden: H). Vor der Geburt ihrer Tochter war die Klägerin als Syndikusrechtsanwältin bei der M. International GmbH beschäftigt und daneben seit dem 21.01.2014 als selbständige Rechtsanwältin zugelassen. Die Klägerin erhielt vom 06.05. bis zum 12.08.2018 Mutterschaftsgeld und einen Arbeitgeberzuschuss dazu; sie ist privat krankenversichert.

Die Klägerin beantragte am 01.08.2018 bei der Beklagten für die ersten 12 Lebensmonate ihrer Tochter (12.06.2018 bis 11.06.2019) Basiselterngeld. Auf den nachgereichten Erklärungsvordrucken vom 01.09.2018 teilte sie der Beklagten mit, dass die Selbständigkeit fortgeführt werde, sie aber während des Bezugszeitraums nicht persönlich tätig sei. Es würden weiterhin Ausgaben anfallen. Ihr Gewinn belaufe sich im Zeitraum vom 12.06.2018 bis zum 11.06.2019 auf 0,00 EUR. Für den 3. Lebensmonat legte die Klägerin eine Arbeitgeberbescheinigung vor, wonach für den 13.08. bis 09.09.2018 noch 6.592,64 EUR (Urlaubs- und Gleitzeitabbau) ausgezahlt würden.

Mit Bescheid vom 27.09.2018 bewilligte die Beklagte der Klägerin vorläufig Basiselterngeld. Nach Anrechnung der Mutterschaftsleistungen kam im 1. und 2. Lebensmonat kein Elterngeld zur Auszahlung, für den 3. Lebensmonat wurden 1.442,68 EUR und für den 4. bis 12. Lebensmonat wurden monatlich 1.490,77 EUR bewilligt.

Mit Schreiben vom 10.03.2019 zeigte die Klägerin der Beklagten die Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit bei der M. International GmbH ab dem 12.04.2019 an, nunmehr in Teilzeit (28 Stunden pro Woche). Nach der Arbeitgeberbescheinigung vom 11.04.2019 erhielt die Klägerin für die Zeit vom 12.04. bis 11.06.2019 (11. und 12. Lebensmonat) insgesamt Einkommen iHv 9.987,86 EUR.

Mit Änderungsbescheid vom 25.04.2019 setzte die Beklagte das Elterngeld vorläufig für den 3. Lebensmonat von H (12.08.2018 bis

11.09.2018) auf 1.028,60 EUR und für den 4. bis 12. Lebensmonat auf monatlich 1.062,89 EUR neu fest. Dabei entstand eine Überzahlung in Höhe von 3.837,12 EUR.

Hiergegen erhob die Klägerin am 28.04.2019 Widerspruch. Sie war der Auffassung, die Beklagte lege ihre Einkünfte zu Unrecht auf die 12 Lebensmonate ihres Kindes um. Vielmehr seien verschiedene Zeiträume im Bezugszeitraum zu bilden, einerseits mit und andererseits ohne Erwerbseinkommen. So sei sie nur im 3., 11. und 12. Lebensmonat ihres Kindes einer Erwerbstätigkeit nachgegangen und habe Einkünfte hieraus erzielt. In den Lebensmonaten 4 bis 10 sei sie keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen und habe auch kein Einkommen aus einer solchen erzielt. Auch wenn sie ihre Rechtsanwaltszulassung nicht zurückgegeben habe, folge daraus nicht, dass sie in dieser Zeit einer rechtsanwaltlichen Tätigkeit nachgegangen sei.

Die Beklagte führte mit Schreiben vom 21.05.2019 eine Anhörung durch und wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 18.06.2019 zurück. Alle Bezugsmonate mit Einkommen aus nichtselbständiger und selbständiger Arbeit seien als eine Einheit zu betrachten, selbst wenn sie nicht zusammenhängend seien. Auch wenn das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit 0,00 EUR betragen habe, sei das Einkommen aus nichtselbständiger Arbeit im 3., 11. und 12. Lebensmonat auf alle Bezugsmonate gleichmäßig zu verteilen.

Hiergegen richtet sich die am 15.07.2019 zum Sozialgericht Karlsruhe (SG) erhobene Klage. Die Beklagte habe zu Unrecht wegen der Beibehaltung der Zulassung als Rechtsanwältin für alle Bezugsmonate eine Berechnung nach [§ 2 Abs 3 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz \(BEEG\)](#) vorgenommen. [§ 2 Abs 3 BEEG](#) sei nur für Lebensmonate anzuwenden, in denen die berechnete Person Einkommen aus Erwerbstätigkeit habe. Das Bundessozialgericht (BSG 04.09.2013, [B 10 EG 18/12 R](#)) habe bereits entschieden, dass die Vorschrift nicht anwendbar sei, wenn nur negative Einkünfte erzielt worden seien. Das Elterngeld müsse daher neu berechnet werden.

Mit Urteil vom 15.11.2019 hat das SG die Beklagte unter Abänderung der Bescheide vom 27.09.2018 und 25.04.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18.06.2019 verurteilt, der Klägerin für H für die Zeit vom 12.08. bis 11.09.2018 (3. Lebensmonat) und 12.04. bis 11.06.2019 (11. und 12. Lebensmonat) Elterngeld iHv monatlich 312,99 EUR sowie für den Zeitraum vom 12.09.2018 bis zum 11.04.2019 (4. bis 10. Lebensmonat) Elterngeld iHv 1.800 EUR zu gewähren. Die hier streitige Höhe des Elterngeldes richte sich nach [§ 2 BEEG](#). Abs 3 der Vorschrift regelt die Konstellation, dass der Elterngeldberechtigte in einem oder mehreren Lebensmonaten des Kindes im Bezugszeitraum Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit habe. Die Klägerin habe vom 1. bis 10. Lebensmonat von H zwar keine abhängige, aber eine selbständige Tätigkeit ausgeübt. Ab dem 11. Lebensmonat sei sie auch wieder mit 28 Stunden wöchentlich abhängig beschäftigt gewesen. Allein das Innehaben einer Zulassung als Rechtsanwalt genüge für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit. [§ 2 Abs 3 BEEG](#) gelte nur für solche Monate, in denen überhaupt Erwerbseinkommen bezogen werde und es sich hierbei um positive Einkünfte handle. Würden nur negative Einkünfte erzielt, sei die Vorschrift nicht anwendbar. Gemessen daran habe die Einkommensberechnung für die Lebensmonate 3, 11 und 12 nach [§ 2 Abs 3 BEEG](#) und für die Lebensmonate 4 bis 10 nach [§ 2 Abs 1 BEEG](#) zu erfolgen. Für die Tätigkeiten sei eine getrennte Betrachtung vorzunehmen. Monate mit nur Negativeinkünften seien nach [§ 2 Abs 1 BEEG](#) zu behandeln und stünden dann für eine Durchschnittsberechnung nach Abs 3 nicht weiter zur Verfügung. Der horizontale Verlustausgleich zwischen verschiedenen Einkunftsarten sei ausgeschlossen. Jedes andere Ergebnis wäre grundrechtsrelevant und führte zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung zwischen freiberuflichen Selbständigen und anderen selbständig Tätigen. Erstere wären gezwungen, ihre Zulassung zurückzugeben und später wieder zu beantragen, um in den Genuss höheren Elterngelds zu kommen. Nach der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) sei ein Ruhen der Zulassung nicht vorgesehen.

Gegen das ihr am 25.11.2019 zugestellte Urteil richtet sich die am 12.12.2019 eingelegte Berufung der Beklagten. Das Urteil des SG sei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht fehlerhaft und verstoße gegen die höchstrichterliche Rechtsprechung. Das BSG habe die Anwendbarkeit von [§ 2 Abs 1 BEEG](#) ausdrücklich auf die Fälle beschränkt, in denen im Bezugszeitraum ausschließlich negative Einkünfte erzielt worden seien (04.09.2013, [B 10 EG 18/12 R](#)). Hier habe die Klägerin aber unstrittig im 3., 11. und 12. Lebensmonat positive Einkünfte von insgesamt 16.580,50 EUR erzielt. Auch nach der genannten BSG-Entscheidung sei der Anwendungsbereich von [§ 2 Abs 3 BEEG](#) daher eröffnet. Auch in den übrigen Monaten habe sie zudem die Tätigkeit als Syndikusrechtsanwältin und niedergelassene Rechtsanwältin ausgeübt und hier Einkünfte iHv 0 EUR erzielt. Das SG habe zu Recht ausgeführt, dass das Innehaben einer Zulassung für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit ausreiche. Das gelte jedoch auch für die Tätigkeit als Syndikusrechtsanwältin. Nach [§ 46 Abs 2 Satz 2 BRAO](#) bedürfe der Syndikusrechtsanwalt zur Ausübung der Tätigkeit einer Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Der Bundesgerichtshof (BGH 18.03.2019, [AnwZ \(Brfg\) 6/18](#)) habe ausdrücklich entschieden, dass die Inanspruchnahme von Elternzeit der in [§ 46 BRAO](#) vorausgesetzten Ausübung der Syndikusrechtsanwaltstätigkeit jedenfalls nicht entgegenstehe. Es gelte auch die Kanzleipflicht. Die Klägerin habe selbst angegeben, dass die Kanzlei fortgeführt werde, ohne dass persönliche Tätigkeit und Ausgaben hierfür anfielen. An diesen Angaben müsse sie sich festhalten lassen. Im Widerspruch zu den Angaben vom 10.08. und 01.09.2018 habe die Klägerin unter dem 10.08.2019 angegeben, sie habe ihre Tätigkeit bereits seit 11.06.2018 aufgegeben. Dies sei nachweislich falsch. Mit ihrem Internetauftritt auf LinkedIn und j. habe die Klägerin weiter Werbung betrieben. Auch habe die Anwaltszulassung weiterbestanden, es sei auch kein Antrag auf Befreiung von der Kanzleipflicht wegen Kinderbetreuung gestellt worden. Der Klägerin könnten nicht nur die sich aus der Fortführung der Anwaltsstätigkeit ergebenden persönlichen Vorteile zustehen, sie müsse sich auch die daraus resultierenden Nachteile entgegenhalten lassen. Dass keine aktive Tätigkeit erfolgt sei, sei unbeachtlich. Damit sei von der durchgehenden Ausübung beider Tätigkeiten auszugehen und die Anrechnung der Einkünfte richte sich einheitlich nach [§ 2 Abs 3 BEEG](#). Nach dem Willen des Gesetzgebers sei nur eine einheitliche Betrachtung aller Einkünfte im Bezugszeitraum möglich. Eine getrennte Betrachtung und Behandlung der Einkünfte aus den verschiedenen Einkunftsarten im Bezugszeitraum sei schon deshalb ausgeschlossen, weil der eindeutige Wortlaut von [§ 2 Abs 1 Satz 3 BEEG](#) entgegenstehe. Eine getrennte Betrachtung wäre auch weder mit der Systematik noch dem Grundsatz der Verwaltungsvereinfachung zu vereinbaren. Die Anrechnung der Einkünfte aus der fortbestehenden Tätigkeit als Rechtsanwältin mit null Euro stelle auch keinen unzulässigen vertikalen Verlustausgleich dar mit Einkünften aus nichtselbständiger Erwerbstätigkeit. Positive Einkünfte könnten auch Nulleinkünfte sein. Negativeinkünfte seien den Gewinnermittlungen für den Zeitraum 12.06.2018 bis 11.06.2019 nicht zu entnehmen, die Klägerin habe keine Betriebsausgaben angegeben. Ein horizontaler Verlustausgleich zwischen Einkommen derselben Einkunftsart sei ausdrücklich zugelassen. Entgegen der Auffassung des SG würde es die Klägerin gerade unangemessen bevorzugen, wenn die weitere Ausübung der Tätigkeit als Syndikusrechtsanwältin und Rechtsanwältin im Bezugszeitraum ignoriert werden müsste, obwohl nicht einmal eine Befreiung von der Kanzleipflicht beantragt worden sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 15.11.2019 aufzuheben und die Klage abzuweisen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die gesamte Diskussion, ob die Klägerin wegen Nichtrückgabe der Zulassung so zu behandeln sei, als habe sie im Bezugszeitraum eine Erwerbstätigkeit ausgeübt, gehe an der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorbei. Die Voraussetzung "Einkommen aus Erwerbstätigkeit" zur Abgrenzung des [§ 2 Abs 1 von Abs 3 BEEG](#) werde als Tatbestandsmerkmal definiert. Die Klägerin habe in den Lebensmonaten 4 bis 10 kein Einkommen aus nichtselbständiger Tätigkeit erarbeitet und auch keine Einkünfte ausbezahlt bekommen. Die Nichtrückgabe der Zulassung bzw Nichtbefreiung von der Kanzleipflicht stelle keine Ausübung der Tätigkeit eines Syndikusrechtsanwalts dar. Die Berufsausübung eines angestellten Rechtsanwalts setze nach [§ 46 Abs 1 und 2 BRAO](#) eine anwaltliche Tätigkeit für den Arbeitgeber voraus. Diese habe jedoch wegen der Elternzeit wie das gesamte Arbeitsverhältnis geruht. Von der Ausübung der Tätigkeit sei die Zulassung ([§ 46a BRAO](#)) ebenso wie das Innehaben einer Kanzlei ([§ 27 BRAO](#)) klar getrennt. Genau dies folge auch aus der von der Beklagten zitierten Entscheidung des BGH, dass Zulassung und Tätigkeit streng zu trennen seien und eine Tätigkeit als Syndikusrechtsanwältin während der Elternzeit gerade nicht ausgeübt werde. Die Rechtsauffassung der Beklagten, dass die Klägerin wegen Kinderbetreuung einen Härtefallantrag nach [§ 29 Abs 1 BRAO](#) hätte stellen müssen zur Befreiung von der Kanzleipflicht nach [§ 27 Abs 1 BRAO](#), sei nicht nachvollziehbar und soweit ersichtlich einzigartig. Die von der Beklagten geforderte Rückgabe der Zulassung hätte zur Folge, dass die Klägerin keine Beiträge mehr in das Versorgungswerk hätte abführen können mit der Folge von Rentenlücken und weiteren Kosten für die erneute Zulassung. Es bleibe dabei, dass die Klägerin in den streitigen Bezugsmonaten auch keiner selbständigen Rechtsanwalts-tätigkeit mehr nachgegangen sei. Die zitierte Webseite "j ...de" sei ihr bislang völlig unbekannt gewesen. Ihr Profil bei LinkedIn habe sie seit 2016 nicht mehr gepflegt bzw aktualisiert. Es werde bestritten, dass die Klägerin aktiv im Internet geworben habe. [§ 2 Abs 3 BEEG](#) betreffe aufgrund seines klaren Wortlauts nur Monate, in denen die berechnete Person Einkommen aus der Erwerbstätigkeit habe. Zwar unterfielen auch solche Monate der Vorschrift, in denen Null- oder Negativeinkünfte erzielt würden. Dies gelte aber nicht, wenn ausschließlich innerhalb derselben Einkunftsart Null- oder Negativeinkünfte erzielt worden seien. Unstreitig dürfte inzwischen sein, dass die Klägerin wegen Nichtrückgabe der Zulassung Negativeinkünfte gehabt habe wegen Zahlung der Berufshaftpflichtversicherung, der Kammerbeiträge und der Gebühren für die beA-Karte. Für die Lebensmonate 4 bis 10 komme daher [§ 2 Abs 1 BEEG](#) zur Anwendung.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

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 Beklagten, über die der Senat mit dem Einverständnis der Beteiligten gemäß [§§ 153 Abs 1, 124 Abs 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung entscheidet, hat nur insoweit Erfolg, als das SG das Elterngeld für die Lebensmonat 3, 11 und 12 unzutreffend berechnet und zu hoch festgesetzt hat.

Die form- und fristgerecht ([§ 151 Abs 1 SGG](#)) eingelegte Berufung ist statthaft ([§§ 143, 144 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGG](#)) und damit zulässig, in der Sache jedoch nur teilweise begründet. Das SG hat die Beklagte zu Recht zur Zahlung höheren Elterngelds verurteilt, denn der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 27.09.2018, abgeändert durch Bescheid vom 25.04.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18.06.2019 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Die Beklagte hat unzutreffend das Einkommen der Klägerin aus einer Tätigkeit als angestellte Rechtsanwältin in drei Monaten auf den gesamten Bezugszeitraum angerechnet und die Erstattungs-forderung hinsichtlich des überzahlten Elterngeldes infolge dessen zu hoch festgesetzt. Allerdings ergibt sich für die Lebensmonate 3, 11 und 12 lediglich der Mindestbetrag iHv 300 EUR, wobei für den 3. Lebensmonat noch anzurechnende Leistungen iHv 9,68 EUR zu berücksichtigen sind, so dass für diesen Lebensmonat ein Anspruch lediglich iHv 290,32 EUR besteht. Insoweit ist das angefochtene Urteil daher abzuändern.

Dass der Klägerin Elterngeld im Bescheid vom 27.09.2018 und 25.04.2019 gemäß [§ 8 Abs 3 BEEG](#) bis zum Nachweis des tatsächlich erzielten Einkommens nur vorläufig gewährt worden und eine endgültige Festsetzung bislang noch nicht erfolgt ist, steht einer gerichtlichen Entscheidung über die Höhe des Anspruchs nicht entgegen. Die Bewilligung vorläufiger Leistungen ist ein eigenständiger Verwaltungsakt iSv [§ 31 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X), der gesondert mit Widerspruch und Klage angefochten werden kann (BSG 27.06.2013, [B 10 EG 2/12 R](#), SozR 4-7837 § 2 Nr 21).

Der Anspruch der Klägerin auf Elterngeld richtet sich nach [§ 1 BEEG](#) idF vom 27.01.2015 ([BGBl I 33](#)). Die Grundvoraussetzungen nach [§ 1 Abs 1 Nr 1 bis 4 BEEG](#) hat die Klägerin erfüllt. Sie hatte im Bezugszeitraum des Elterngeldes ihren Wohnsitz in Deutschland, lebte in einem gemeinsamen Haushalt mit H und betreute und erzog diese. Sie übte zeitweise eine zulässige Teilzeittätigkeit iSv [§ 1 Abs 6 BEEG](#) mit nicht mehr als 30 Wochenstunden aus. Der Senat stützt sich insoweit auf die eigenen Angaben der Klägerin im Verwaltungsverfahren. Die Klägerin beantragte das Elterngeld schriftlich am 01.08.2018 und damit rechtzeitig nach [§ 7 Abs 1 BEEG](#) (zur Fristberechnung vgl Mutschler in Tillmanns/Mutschler, MuSchG, BEEG, 2. Aufl, § 7 Rn 21 ff).

Die Höhe des Anspruchs auf Elterngeld in den allein streitigen Lebensmonaten 3 bis 12, dh vom 12.08.2018 bis 11.06.2019, hat das SG für die Lebensmonate 4 bis 10 zutreffend festgestellt. Für den 3. Lebensmonat besteht ein Anspruch lediglich iHv 290,32 EUR und für die Lebensmonate 11 und 12 iHv 300 EUR. Für die Zeit vom 12.06. bis 11.08.2018 (Lebensmonate 1 und 2) besteht wegen des Bezugs von Mutterschaftsleistungen unabhängig von der Art der Berechnung des Elterngelds im Bezugszeitraum ohnehin kein Anspruch auf Elterngeld; das Urteil ist insoweit nicht angefochten.

Gemäß [§ 2 Abs 1 BEEG](#) (idF vom 27.10.2015, aaO) wird Elterngeld in Höhe von 67 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. In den Fällen, in denen das Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt höher als

1.200 EUR war, sinkt der Prozentsatz von 67% um 0,1 Prozentpunkte für je 2 EUR, um die dieses Einkommen aus Erwerbstätigkeit den Betrag von 1.200 EUR überschreitet, auf bis zu 65% ([§ 2 Abs 2 Satz 2 BEEG](#)). 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](#)).

Als Bemessungszeitraum wurde von der Beklagten zutreffend das Kalenderjahr 2017 zugrundegelegt. Nach [§ 2b Abs 3 Satz 1 BEEG](#) ist abweichend von Abs 1 für die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbständiger 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 selbständiger Erwerbstätigkeit hatte. Dies war hier der Fall. Die Voraussetzungen für eine Verschiebung des Bemessungszeitraums nach [§ 2b Abs 3 Satz 2 BEEG](#) liegen nicht vor. Auch die Höhe der maßgeblichen Einkünfte im Bemessungszeitraum und damit das Bemessungsentgelt ist zutreffend festgesetzt. Auf die Berechnungen der Beklagten wird insoweit Bezug genommen. Als vorgeburtliches Einkommen ist daher nach Abzug des Arbeitnehmerpauschbetrags monatlich durchschnittlich 5.815,98 EUR zu berücksichtigen.

Das Einkommen im Bezugszeitraum berechnet sich nach [§ 2 Abs 1 und Abs 3 BEEG](#), denn die Klägerin hat im streitigen Bezugszeitraum zeitweise positive Einkünfte erzielt aus einer nichtselbständigen Erwerbstätigkeit. Nach [§ 2 Abs 1 Satz 1 BEEG](#) iVm Abs 2 Satz 2 BEEG wird Elterngeld in Höhe von 65 Prozent des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1.800 EUR monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. [§ 2 Abs 3 BEEG](#) regelt dagegen die Konstellationen, in denen in einem oder mehreren, nicht notwendigerweise zusammenhängenden Lebensmonaten des Kindes nach der Geburt bis zur Vollendung von dessen 14. Lebensmonat der Elterngeldberechnete Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit hat (vgl [BT-Drucks 17/9841 S 18](#)). Nach [§ 2 Abs 3 Satz 1 BEEG](#) gilt: 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 Absatz 1 oder 2 maßgeblichen Prozentsatzes des Unterschiedsbetrages dieses Einkommens aus Erwerbstätigkeit gezahlt. Als Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt ist dabei höchstens der Betrag von 2.770 EUR anzusetzen ([§ 2 Abs 3 Satz 2 BEEG](#)). Damit wird vorgegeben, dass nicht für jeden Bezugsmonat eine gesonderte Berechnung des anzurechnenden Einkommens zu erfolgen hat. Vielmehr hat die Bildung eines Durchschnittseinkommens im Bezugszeitraum unter Anrechnung bzw Verteilung auf die Monate mit Einkommen zu erfolgen. Dieser Ansatzpunkt wird von den Beteiligten nicht in Zweifel gezogen. Streitig ist allerdings, ob im konkreten Fall das der Höhe nach unstrittige Einkommen im Bezugszeitraum von insgesamt 16.580,50 EUR durch 12 zu teilen und auf den gesamten Bezugszeitraum anzurechnen ist oder lediglich durch 3 mit Anrechnung auf die Lebensmonate 3, 11 und 12, in denen die Klägerin die Einkünfte hatte. Letzteres ist nach der Rechtsauffassung des Senats zutreffend.

In die geforderte Durchschnittsberechnung sind nicht alle Monate einzubeziehen, sondern nach dem Gesetzeswortlaut nur die Monate, "in denen die berechnete Person ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat". Soweit – wie hier – nur Basis-Elterngeld zu gewähren ist, bedarf es damit im Ausgangspunkt einer Unterscheidung zwischen Bezugsmonaten ohne Einkommen aus Erwerbstätigkeit und solchen Bezugsmonaten mit einem entsprechenden Erwerbseinkommen; Monate ohne Erwerbseinkommen sind aus der Berechnung des Durchschnittseinkommens im Bezugszeitraum vollständig auszuklammern (Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Aufl 2008, [§ 2 BEEG](#) Rn 22).

Bei ausschließlich Negativeinkünften hat die Einkommensberechnung nach [§ 2 Abs 1 BEEG](#) zu erfolgen. Der Bezugsberechnete verfügt dann über keine Mittel, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. In dieser Konstellation widerspricht es Sinn und Zweck, das Elterngeld abzusenken (BSG 04.09.2013, [B 10 EG 18/12 R](#), SozR 4-7837 § 2 Nr 23). Soweit Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich auch negative Einkommensbeiträge erfasst, bezieht sich dies auf die Ermittlung des Bemessungszeitraums (BSG 27.10.2016, B 10 EG 5715 R, SozR 4-7837 § 2b Nr 3). In der genannten Entscheidung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Begriff des "Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit" im Rahmen der Bestimmung des Bemessungszeitraums nach [§ 2b BEEG](#) und bezüglich der Berechnung der Höhe des Einkommens nach [§ 2d BEEG](#) nicht deckungsgleich ist. Entsprechend stellt auch die Gesetzesbegründung im Zusammenhang mit [§ 2 Abs 3 BEEG](#) auf "Monate ohne Einkommen im Sinne des § 2 Abs 1" ab, wobei die in Bezug genommene Vorschrift des [§ 2 Abs 1 Satz 3 BEEG](#) explizit auf die "positiven" Einkünfte abstellt (vgl [BT-Drs 18/2583 S 24](#); abweichend vom Wortlaut des Gesetzes und seiner Begründung hingegen Ziffer 2.0.2.2.2 der Richtlinien zum BEEG, Stand: 07/2019: Jede Erwerbstätigkeit führt dabei zu einem Einkommen, dessen konkrete Höhe in Ausnahmefällen allerdings null Euro betragen oder auch negativ sein kann). Ob tatsächlich eine Tätigkeit ausgeübt wird, ist unerheblich. Auch geringfügige Einkünfte begründen die Anwendung von [§ 2 Abs 3 BEEG](#), die lediglich bei negativen Einkünften ausgeschlossen ist (BSG 13.12.2018, [B 10 EG 9/17 R](#)).

Die Klägerin hat im Bezugszeitraum eine selbständige Tätigkeit als Rechtsanwältin in der Form fortgeführt, dass sie zwar nicht aktiv tätig war, jedoch weiter als Rechtsanwältin zugelassen war und auch keine Befreiung von der Kanzleipflicht beantragt hatte. Aus der nachträglich im Jahr 2019 gemachten Angabe, sie habe die Tätigkeit zum 11.06.2018 endgültig aufgegeben, folgt nichts Anderes. Auch wenn die Klägerin, wie vorgetragen, für sich entschieden haben mag, nach der Geburt ihrer Tochter die anwaltliche Tätigkeit nicht fortzuführen, ist eine Aufgabe der Tätigkeit nach außen nicht dokumentiert. Die Zulassung besteht weiter fort, auch ihr Profil bei LinkedIn hat die Klägerin nicht aktualisiert. Schon die weiter anfallenden Ausgaben wie Berufshaftpflichtversicherung, Kammerbeiträge und Gebühren für die beA-Karte belegen die Fortführung der Tätigkeit. Allerdings hat die Klägerin aus dieser Tätigkeit im gesamten Bezugszeitraum wegen der fortlaufenden Ausgaben nur negative Einkünfte erzielt, so dass die Fortführung der Tätigkeit im Ergebnis ohne Auswirkungen auf die Elterngeldberechnung bleibt.

Die Tätigkeit als Syndikusrechtsanwältin hat die Klägerin dagegen erst zum 12.04.2019 (11. Lebensmonat von H) erneut aufgenommen. Entgegen der Auffassung der Beklagten wurde diese Tätigkeit nicht durchgehend ausgeübt mit der Folge, dass allein schon deswegen eine Durchschnittsberechnung der Einkünfte aus dieser Tätigkeit über 12 Monate erfolgen müsste. Zwar bedarf der Syndikusrechtsanwalt zur Ausübung seiner Tätigkeit gemäß [§ 46 Abs 2 BRAO](#) der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nach [§ 46a BRAO](#). Allein der Fortbestand der Zulassung begründet jedoch keine anwaltliche Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber. Das Arbeitsverhältnis

bestand zwar weiter, jedoch ruhten die sich daraus ergebenden Hauptpflichten während der Elternzeit (vgl BGH 18.03.2019, [AnwZ \(Brgf\) 6/18](#), [NJW 2019, 2032](#)). Als "Monate mit Einkommen aus Erwerbstätigkeit" sind daher lediglich die Lebensmonate 3, 11 und 12 zu berücksichtigen. Zwar hat die Klägerin im 3. Lebensmonat nicht gearbeitet, jedoch zählen auch Einkommenszuflüsse hierzu, die auf eine "Ansparung" zurückzuführen sind, insbesondere Gehaltszahlungen aus Zeitwertkonten oder Überstunden (vgl LSG Niedersachsen-Bremen 22.10.2014, [L 2 EG 10/13](#)). Lediglich für diese Monate ist daher eine Durchschnittsberechnung vorzunehmen und auf diese Monate ist dann das erzielte Einkommen anzurechnen. Dies führt dazu, dass nach Abzug des Arbeitnehmerpauschbetrags ein anzurechnendes Einkommen iHv 16.330,51 EUR verbleibt. Bezogen auf drei Monate ergibt sich ein monatliches durchschnittliches Einkommen von 5.443,50 EUR. Auch nach Abzug von Steuern und Sozialabgaben übersteigt dieses Einkommen den nach [§ 2 Abs 3 BEEG](#) anzusetzenden Höchstsatz von 2.770 EUR, so dass kein Unterschiedsbetrag zum vorgeburtlichen Einkommen zu berücksichtigen ist. Auf die Berechnung der Beklagten (Blatt 128 ff der Senatsakte) wird insoweit Bezug genommen. Damit besteht lediglich Anspruch auf den Mindestbetrag iHv 300 EUR. Für den 3. Lebensmonat sind dabei noch die anzurechnenden Mutterschaftsleistungen iHv 9,68 EUR in Abzug zu bringen (vgl Probeberechnung der Beklagten Bl 135 Senatsakte).

Nichts Anderes folgt daraus, dass im Bezugszeitraum zwei verschiedene Tätigkeiten mit verschiedenen Einkommensarten zu prüfen sind. Für die Durchschnittsbetrachtung ist zunächst jede Einkommensart für sich zu betrachten. Ergeben sich - hier für die Tätigkeit als selbständige Rechtsanwältin - bereits ausschließlich negative Einkünfte, spielt diese Tätigkeit für die weitere Prüfung keine Rolle mehr. Ansonsten würde sich die Einbeziehung auch der Monate einer selbständigen Tätigkeit mit nur negativen Einkünften in die Durchschnittsberechnung der Einkünfte aus abhängiger Beschäftigung letztlich als nicht statthafter vertikaler Verlustausgleich zwischen verschiedenen Einkunftsarten darstellen (vgl LSG Niedersachsen-Bremen 06.11.2019, [L 2 EG 6/19](#); BSG 12.07.2018, [B 10 EG 16/17 B](#)).

Nicht entscheidend ist, ob das in den Lebensmonate 3, 11 und 12 erwirtschaftete Arbeitsentgelt der Klägerin auch in diesen Lebensmonaten tatsächlich zugeflossen ist. Dies folgt schon aus der bislang lediglich erfolgten vorläufigen Bewilligung, gilt aber auch unabhängig davon. Nach der Rechtsprechung des BSG ist inzwischen für Einkommen im Bemessungszeitraum vor der Geburt geklärt, dass es nicht entscheidend darauf ankommt, wann ein nachträglich gezahlter Arbeitslohn vom Elterngeldberechtigten "erarbeitet" worden ist, weshalb auch nachträglich und verspätet ausgezahltes Gehalt, das im Bemessungszeitraum ausgezahlt wird, zu berücksichtigen ist (BSG 27.06.2019, [B 10 EG 1/18 R](#), SozR 4-7837 § 2 Nr 33). Entscheidend ist insoweit, ob das Arbeitsentgelt dem Elterngeldberechtigten im Bemessungszeitraum tatsächlich zugeflossen ist und damit seine Lebensverhältnisse geprägt hat. Diese Grundsätze gelten auch für die Einkommenserzielung im Bezugszeitraum. Allerdings ist hier der Besonderheit Rechnung zu tragen, dass Gehaltsmonate und Lebensmonate des Kindes, für die monatsbezogen das Elterngeld festgesetzt wird, notwendig - sofern das Kind nicht zufällig am ersten Tag eines Monats geboren wurde - auseinanderfallen. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass es vom Zufall abhängt, ob auch der Gehaltszufluss während des Bezugszeitraums exakt in den jeweiligen Lebensmonaten des Kindes erfolgt. Der Senat teilt insoweit die Auffassung des LSG Schleswig-Holstein, dass es darauf im Hinblick auf die erforderliche Durchschnittsbetrachtung des gesamten Bezugszeitraums nicht ankommt und alle regelmäßigen Gehaltszahlungen für diesen Zeitraum unabhängig vom jeweiligen konkreten Überweisungstag erfasst werden (LSG Schleswig-Holstein 15.08.2019, [L 1 EG 7/16 R](#)). Ziel des Elterngelds ist die Unterstützung von Familien bei der Sicherung ihrer Lebensgrundlage, wenn sie sich vorrangig um die Betreuung ihrer Kinder kümmern. Dabei orientiert sich der Ausgleich für die finanziellen Einschränkungen am individuellen Einkommen im Bemessungszeitraum im Vergleich zum entfallenen oder reduzierten Einkommen im Bezugszeitraum. Danach ist wesentlich, welches Erwerbseinkommen dem Elterngeldberechtigten vor der Geburt tatsächlich zur Verfügung stand und damit prägend für die Lebensführung im Vergleich zu den Einkommensverhältnissen nach der Geburt war. Hier hat die Zahlung im 3. Lebensmonat für Urlaub und Zeitguthaben sowie die zum 12.04.2019 aufgenommene Teilzeittätigkeit und das daraus erzielte, regelmäßig gezahlte Einkommen die Lebensführung der Klägerin geprägt, weshalb die Beklagte zu Recht alle Gehaltszahlungen für diesen Zeitraum unabhängig vom konkreten Überweisungstag auf das Konto der Klägerin in die Vergleichsberechnung einbezogen hat. Anders könnte auch das Ziel der Verwaltungsvereinfachung bei der Feststellung von Einkommen im Bezugszeitraum nicht erreicht werden. Maßgebend sind die Lohn- und Gehaltsbescheinigungen der Arbeitgeber mit deren gesetzlicher Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung ([§ 2c Abs 2 Satz 2 BEEG](#)). Wäre eine Feststellung des konkreten Überweisungstags für das monatliche Gehalt erforderlich, um eine Berücksichtigungsfähigkeit im jeweiligen Lebensmonat festzustellen, wäre dies mit einem ganz erheblichen Aufwand verbunden. Zudem würde ein Abstellen auf den tatsächlichen Überweisungstag bei den laufenden Gehaltszahlungen abhängig vom jeweiligen Geburtstag des Kindes zu einer ungerechtfertigten ungleichen Behandlung führen. Denn die Zufälligkeiten von Geburtstag und konkretem Tag der Gehaltsüberweisung stellen kein sachgerechtes Unterscheidungsmerkmal für die vollständige Einbeziehung oder den Ausschluss des laufenden Einkommens im Bezugszeitraum dar (zum Ganzen bereits ausführlich LSG Schleswig-Holstein, aaO; Senatsurteil vom 12.05.2020, L 11 EG 3869/19).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Eine Kostenquotelung erscheint aufgrund des nur geringen Grades des Obsiegens der Beklagten nicht geboten.

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung im Hinblick auf die Anwendung des [§ 2 Abs 3 BEEG](#) zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2020-10-09