

Verluste aus selbstständiger Tätigkeit können beim Elterngeld ein zweites Mal ins Minus führen

Auch Verluste aus einer selbstständigen Tätigkeit sind formal als "Einkommen" im Sinne des Elterngeldrechts anzusehen - und können deshalb zur Verschiebung des Bemessungszeitraums für das Elterngeld führen. Das BSG: Bei so genannten Mischeinkünften aus selbstständiger Tätigkeit und einer Beschäftigung als Arbeitnehmer schreibt das Gesetz "zwingend die Wahl des letzten Steuerjahres als Bemessungszeitraum" vor. Und ferner: "Selbst wenn diese Verschiebung des Bemessungszeitraums im Einzelfall zu einem erheblich geringeren Elterngeldanspruch führt, ist dies durch das gesetzgeberische Ziel der Verwaltungsvereinfachung gerechtfertigt und nicht gleichheitswidrig".

Quelle: Wolfgang Büser

Anspruch auf Elterngeld; Berücksichtigung von Mischeinkünften aus nichtselbstständiger Tätigkeit und einem Gewerbebetrieb im letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt

Gericht: BSG

Datum: 27.10.2016

Aktenzeichen: B 10 EG 5/15 R

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2016, 30929

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

LSG Hamburg - 23.04.2015 - AZ: L 1 EG 8/14

SG Hamburg - 14.05.2014 - AZ: S 31 EG 12/14

Rechtsgrundlagen:

§ 2b Abs. 3 BEEG

Art. 3 Abs. 1 GG

Fundstellen:

BSGE 122, 102 - 112

DStR 2016, 14-15

DStR 2017, 14

FA 2017, 11

FamRZ 2017, 1095

NJW 2017, 10

NWB 2016, 3367-3368

NWB direkt 2016, 1216-1217

NZFam 2017, 328

NZG 2016, 6

NZS 2017, 272

SGb 2016, 697

WzS 2017, 53

ZfSH/SGB 2017, 4 (Pressemitteilung)

BSG, 27.10.2016 - B 10 EG 5/15 R

in dem Rechtsstreit

Az: B 10 EG 5/15 R

L 1 EG 8/14 (LSG Hamburg)

S 31 EG 12/14 (SG Hamburg)

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:,

gegen

Freie und Hansestadt Hamburg,

vertreten durch das Bezirksamt Bergedorf - Rechtsamt -,

Wentorfer Straße 38, 21029 Hamburg,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 10. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 2016 durch die Vorsitzende Richterin Dr. R o s , die Richter O t h m e r und Dr. R ö h l sowie die ehrenamtliche Richterin R o t h a c h e r und den ehrenamtlichen Richter V o i g t

für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 23. April 2015 aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe

I

- 1 Die Beteiligten streiten über den richtigen Bemessungszeitraum und die Höhe des Elterngelds für die am 15.11.2013 geborene Tochter der Klägerin.
- 2 Die Klägerin ist Finanzbeamtin. Nach der Geburt ihres ersten Kindes am 28.10.2011 bezog sie bis zum 27.10.2012 Elterngeld. Daneben übte sie ein halbes Jahr lang - vom 1.4. bis 20.10.2012 - eine

gewerbliche Tätigkeit als Vertreterin für Tupperware aus, erzielte damit aber nur negative Einkünfte (Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2012).

- 3 Nachdem die Klägerin aus ihrer ersten Elternzeit in ihren Beruf zurückgekehrt war, arbeitete sie wieder als Finanzbeamtin. Zudem war sie nebenberuflich geringfügig abhängig beschäftigt. Im November 2013 gebar sie ihr zweites Kind.
- 4 Die Beklagte bewilligte der Klägerin nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) Elterngeld für die ersten zwölf Lebensmonate ihres zweiten Kindes in Höhe von 152,32 Euro für den 2. und je 1180,44 Euro für den 3. bis 12. Monat (Bescheid vom 6.2.2014). Dabei rechnete sie beamtenrechtliche Bezüge in der Zeit des Beschäftigungsverbotes nach der Entbindung an. Als Bemessungszeitraum legte die Beklagte das Kalenderjahr 2011 zugrunde.
- 5 Mit ihrem Widerspruch verlangte die Klägerin stattdessen, als Bemessungszeitraum die zwölf Kalendermonate vor der Geburt des Kindes heranzuziehen.
- 6 Die Beklagte wies den Widerspruch zurück. Wegen der gewerblichen Tätigkeit der Klägerin im Jahr 2012, dem letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum, sei als Bemessungszeitraum grundsätzlich das Kalenderjahr 2012 maßgeblich. Da die Klägerin aber im Jahr 2012 Elterngeld für ein älteres Kind bezogen habe, sei zu ihren Gunsten der Veranlagungszeitraum für das Jahr 2011 zugrunde gelegt worden (Widerspruchsbescheid vom 10.3.2014).
- 7 Das SG hat die Klage abgewiesen. Dass die Klägerin im Jahr 2012 lediglich negative Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit erzielt habe, hindere nicht die Anwendung des § 2b Abs 3 BEEG (Gerichtsbescheid vom 14.5.2014).
- 8 Das LSG hat den Gerichtsbescheid des SG aufgehoben und die Beklagte unter Abänderung der angefochtenen Bescheide verpflichtet, der Klägerin für die Zeit vom 15.11.2013 bis 14.11.2014 höheres Elterngeld unter Zugrundelegung des in den Monaten November 2012 bis Oktober 2013 erzielten Einkommens zu gewähren. § 2b Abs 3 S 1 BEEG sei nicht anzuwenden, weil die Klägerin im Kalenderjahr 2012 lediglich negative Einkünfte erzielt habe (Verweis auf B 10 EG 2/12 R, B 10 EG 4/13 R zu § 2 Abs 9 S 1 BEEG idF vom 5.12.2006 - BGBl I 2748). Der Gesetzeszweck einer Verwaltungsvereinfachung gelte nicht uneingeschränkt, sondern nur in Fällen, in denen die Bezugnahme auf den letzten Veranlagungszeitraum typischerweise zu sachgerechten Ergebnissen führe. Er werde nicht vereitelt, wenn sich ohne weitere Ermittlungen unmittelbar aus dem Steuerbescheid ergebe, dass aus der selbstständigen Arbeit nur Verluste erzielt worden seien, und in diesen Fällen auf die zwölf Kalendermonate vor der Geburt des Kindes als Bemessungszeitraum zurückgegriffen werde (Urteil vom 23.4.2015).
- 9 Mit ihrer Revision macht die Beklagte geltend, § 2b Abs 2 S 2 und Abs 3 S 2 BEEG ließen keinen Raum für weitere Ausnahmeregelungen aus Billigkeitsgründen. Die vom LSG vorgeschlagene Lösung stehe im Widerspruch zum Wortlaut der Norm und zum gesetzgeberischen Ziel der Verwaltungsvereinfachung. Dieses würde verfehlt, wenn bereits bei der Festlegung des Bemessungszeitraums eine aufwändige Gewinnermittlung erforderlich wäre. Das in Bezug genommene Urteil des BSG beziehe sich auf die alte Rechtslage und sei auf die Neuregelung des § 2b BEEG nicht übertragbar.
- 10 Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 23. April 2015 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Hamburg vom 14. Mai 2014 zurückzuweisen.
- 11 Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

- 12** Sie verweist auf die Ausführungen des LSG, die sie für zutreffend hält.

II

- 13** Die zulässige Revision der Beklagten ist im Sinne einer Aufhebung des Urteils des LSG und Zurückverweisung des Rechtsstreits begründet (§ 170 Abs 2 S 2 SGG).
- 14** 1. Streitgegenstand ist der Elterngeldbescheid der Beklagten vom 6.2.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10.3.2014. Die Klägerin wendet sich dagegen zulässigerweise mit einer kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage auf Gewährung höheren Elterngelds (§ 54 Abs 1 , Abs 4 SGG), die sich auf den Erlass eines Grundurteils iS des § 130 Abs 1 SGG richtet (vgl BSG Urteil vom 18.8.2011 - B 10 EG 7/10 R - BSGE 109, 42 = SozR 4-7837 § 2 Nr 10 , RdNr 14 mwN; BSG Urteil vom 26.3.2014 - B 10 EG 2/13 R - Juris).
- 15** 2. Die Revision der Beklagten hat im Sinne einer Aufhebung des Urteils des LSG und Zurückverweisung des Rechtsstreits Erfolg. Die Klägerin kann dem Grunde nach Elterngeld beanspruchen (dazu 3.). Sie kann jedoch nicht verlangen, dass die Beklagte das Elterngeld nach Maßgabe ihres Einkommens in den zwölf Kalendermonaten vor der Geburt ihres Kindes bemisst. Die Beklagte hat bei der Bemessung des Elterngelds der Klägerin vielmehr zu Recht deren Einkünfte aus einem vorangegangenen Kalenderjahr zugrunde gelegt (dazu 4.). Für eine abschließende Entscheidung darüber, ob die Beklagte den Bemessungszeitraum zu Recht vom Steuerjahr 2012 auf das Steuerjahr 2011 verschoben hat, fehlen jedoch Feststellungen (dazu 5.).
- 16** 3. Die Klägerin kann dem Grunde nach Elterngeld beanspruchen, weil sie im Anspruchszeitraum die Grundvoraussetzungen des Elterngeldanspruchs nach § 1 Abs 1 Nr 1 bis 4 BEEG (in der Ursprungfassung vom 5.12.2006 - BGBl I 2748 - aF -) erfüllt hat. Nach den für den Senat gemäß § 163 SGG bindenden Feststellungen des LSG hatte sie im Bezugszeitraum des Elterngelds ihren Wohnsitz in Deutschland, lebte in einem Haushalt mit ihrer Tochter, die sie selbst betreute und erzog, und übte zumindest keine volle Erwerbstätigkeit iS von § 1 Abs 6 BEEG aus.
- 17** 4. Entgegen der Ansicht des LSG kann die Klägerin jedoch nicht verlangen, dass die Beklagte das Elterngeld nach § 2b Abs 1 S 1 BEEG (idF des Gesetzes zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs vom 10.9.2012 - BGBl I 1878) nach Maßgabe ihres Einkommens in den zwölf Kalendermonaten vor der Geburt ihres Kindes - von November 2012 bis Oktober 2013 - bemisst. Vielmehr hat die Beklagte als Bemessungszeitraum zutreffend nach § 2b Abs 3 S 1 BEEG iVm § 4a Abs 1 S 2 Nr 3 S 1 Einkommensteuergesetz (EStG) einen abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum zugrunde gelegt.
- 18** a) Gemäß § 2 Abs 1 S 1 BEEG wird das Elterngeld in Höhe von 67 % des Einkommens aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt des Kindes gewährt. Es wird bis zu einem Höchstbetrag von 1800 Euro monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat (§ 2 Abs 1 S 1 BEEG). Das Einkommen aus Erwerbstätigkeit errechnet sich gemäß § 2 Abs 1 S 3 BEEG nach Maßgabe der §§ 2c bis 2f BEEG aus der um die Abzüge für Steuern und Sozialabgaben verminderten Summe der positiven Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit nach § 2 Abs 1 S 1 Nr 4 EStG (Nr 1) sowie Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit nach § 2 Abs 1 S 1 Nr 1 bis 3 EStG (Nr 2), 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 hat.
- 19** b) Als Bemessungszeitraum für die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit iS von § 2c BEEG vor der Geburt sind nach § 2b Abs 1 S 1 BEEG die zwölf Kalendermonate vor dem Monat der Geburt des Kindes maßgeblich. Abweichend davon ist nach § 2b Abs 3 S 1 2. Alt BEEG der steuerliche Veranlagungszeitraum maßgeblich, der den Gewinnermittlungszeiträumen nach § 2b Abs 2 BEEG zugrunde liegt, wenn die berechnete Person

in diesen Zeiträumen Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit hatte.

- 20** Diese Voraussetzungen für die Zurückverlagerung des Bemessungszeitraums erfüllt die Klägerin, weil sie im letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt ihres Kindes - dem Jahr 2012 - als Tupperware-Beraterin Einkünfte aus Gewerbebetrieb, wenn auch negative, und damit Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit hatte.
- 21** c) Die rechtliche Einordnung der früheren Tätigkeit der Klägerin als Tupperware-Beraterin als Gewerbebetrieb und damit als selbstständige Erwerbstätigkeit ist zwischen den Beteiligten zu Recht nicht umstritten. Bei der Tätigkeit als Tupperware-Beraterin handelt es sich um eine selbstständige nachhaltige Betätigung, welche die Klägerin mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternahm und die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellte (vgl § 15 Abs 2 S 1 EStG). Die Klägerin erbrachte persönlichen Arbeitseinsatz, trug Unternehmerrisiko und zeigte auch Unternehmerinitiative (vgl hierzu BSG Urteil vom 26.3.2014 - B 10 EG 4/13 R - Juris). Bei Einkünften aus Gewerbebetrieb im Sinne des Steuerrechts handelt es sich elterngeldrechtlich um Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit (vgl BSG Urteil vom 27.6.2013 - B 10 EG 2/12 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 21 ; BSG Urteil vom 26.3.2014 - B 10 EG 4/13 R - RdNr 5 und 28).
- 22** d) Damit ist der Anwendungsbereich des § 2b Abs 3 BEEG eröffnet. Dieser stellt darauf ab, ob die elterngeldberechtigte Person in den Zeiträumen nach § 2b Abs 1 BEEG (dh grundsätzlich den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes) oder Abs 2 BEEG (dh den jeweiligen steuerlichen Gewinnermittlungszeiträumen, die dem letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes oder - in bestimmten Fällen - die dem diesen Ereignissen vorangegangenen abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum zugrunde liegen) Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit hatte (§ 2b Abs 3 S 1 BEEG ; zu den alternativ maßgeblichen Zeiträumen auch BSG Urteil vom 27.10.2016 - B 10 EG 4/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR).
- 23** Anders als die Vorinstanz annimmt, sind von dem Begriff des "Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit" iS des § 2b Abs 3 BEEG auch negative Einkommensbeträge erfasst. Das folgt aus Wortlaut (aa), Systematik (bb) sowie vor allem Sinn und Zweck der Vorschrift, wie er sich aus ihrer Entstehungsgeschichte ergibt (cc). Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht (dd).
- 24** (aa) Der Wortlaut von § 2b Abs 3 BEEG stellt darauf ab, ob die berechtigte Person Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit hatte, nicht aber darauf, ob aus dieser Erwerbstätigkeit ein Gewinn erzielt worden ist. Anders als § 2d Abs 1 BEEG idF vom 10.9.2012 (BGBl I 1878) spricht § 2b Abs 3 BEEG nicht von Gewinneinkünften und anders als in § 2 Abs 1 S 3 iVm § 2d Abs 1 BEEG auch nicht von positiven Einkünften, sondern allgemein von Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit. Dem Einkommensbegriff des BEEG liegt der steuerrechtliche Einkommensbegriff zugrunde (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, BT-Drucks 16/2785 S 37; BR-Plenarprotokoll 827 vom 3.11.2006 S 336; BT-Plenarprotokoll 17/184 S 22068; Beschlussempfehlung und Bericht des 13. Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs, BT-Drucks 17/9841 S 18). Im Einkommensteuerrecht ist das Einkommen der Gesamtbetrag der Einkünfte, vermindert um die Sonderausgaben und die außergewöhnlichen Belastungen (§ 2 Abs 4 EStG in der - durch spätere Änderungen des § 2 EStG unberührten - Fassung vom 8.10.2009, BGBl I 3366). Dabei ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs 3 EStG der Gesamtbetrag der Einkünfte die Summe der Einkünfte, vermindert um den Altersentlastungsbetrag, den Entlastungsbetrag für Alleinerziehende und den Abzug nach § 13 Abs 3 EStG . Bei Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit sind Einkünfte der Gewinn iS der §§ 4 bis 7k und 13a EStG (§ 2 Abs 2 S 1 Nr 1 EStG in der - durch spätere Änderungen des § 2 EStG unberührten - Fassung vom 8.12.2010, BGBl I 1768). Gemäß § 4 Abs 1 S 1 EStG ist Gewinn der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres, vermehrt um den Wert der Entnahmen und vermindert um den Wert der Einlagen. Bei Land- und Forstwirten und bei Gewerbetreibenden ist der Gewinn nach dem Wirtschaftsjahr zu ermitteln (§ 4a Abs 1 S 1 EStG). Wirtschaftsjahr ist bei Gewerbetreibenden, deren Firma nicht im

Handelsregister eingetragen ist, das Kalenderjahr (§ 4a Abs 1 S 2 Nr 2 und 3 EStG).

- 25** Da der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres auch negativ sein kann, wenn das Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres geringer ausfällt als das Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres, kann der Gewinn iS des § 4 Abs 1 S 1 EStG auch negativ sein (sog negativer Gewinn, Verlust). Damit können auch die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit iS des § 2 Abs 2 S 1 Nr 1 EStG negativ sein. Infolgedessen kann einkommensteuerrechtlich auch das Einkommen iS des § 2 Abs 4 EStG negativ sein (sog Negativeinkommen). Dies gilt wegen der engen Bindung des Elterngeldrechts an das Steuerrecht auch im Rahmen des § 2b BEEG für die Bestimmung des Bemessungszeitraums.
- 26** (bb) Systematische Erwägungen stehen dieser Auslegung des Begriffs des "Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit" in § 2b Abs 3 BEEG nicht entgegen. Zwar regelt § 2d Abs 1 BEEG , dass die monatlich durchschnittlich zu berücksichtigende Summe der positiven Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit (Gewinneinkünfte), vermindert um die Abzüge für Steuern und Sozialabgaben nach den §§ 2e und 2f BEEG , das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ergibt. Diese Vorschrift ist jedoch nicht als Legaldefinition zu verstehen, die bereits in die Bestimmung des Bemessungszeitraums nach § 2b Abs 2 , Abs 3 BEEG Eingang finden soll, denn der Gesetzgeber hat die Bestimmung des Bemessungszeitraums nach § 2b BEEG von der Berechnung der Höhe des Einkommens aus Erwerbstätigkeit im Bemessungszeitraum nach §§ 2c , 2d BEEG systematisch getrennt. Der Elterngeldanspruch wird in drei Stufen ermittelt. Zunächst ist der Bemessungszeitraum zu bestimmen, dh der Zwölfmonatszeitraum oder der abgeschlossene steuerliche Veranlagungszeitraum, in dem die berechnete Person dasjenige Einkommen aus Erwerbstätigkeit hatte, welches die Grundlage für die Berechnung der prozentualen Elterngeldleistung bildet (§ 2b BEEG). Anschließend wird die Höhe des Einkommens aus nichtselbstständiger bzw selbstständiger Erwerbstätigkeit berechnet, welches die berechnete Person im zuvor festgelegten Bemessungszeitraum hatte (§§ 2c , 2d BEEG). Ein Verlustausgleich zwischen verschiedenen Einkunftsarten - sog vertikaler Verlustausgleich - findet dabei nicht statt (s insbesondere BT-Drucks 16/2785 S 37 linke Spalte unten zu § 2; Irmen in Hambüchen, Elterngeld/Elternzeit/Kindergeld, Stand Dezember 2009, § 1 BEEG RdNr 85 mwN, § 2 RdNr 21; Jaritz in Roos/Bieresborn, MuSchG/BEEG, § 2 BEEG RdNr 56). Schließlich sind ggf andere Einnahmen anzurechnen (§ 3 BEEG).
- 27** Das gesetzliche Anspruchssystem unterscheidet demnach eindeutig zwischen der Bestimmung des Bemessungszeitraums nach § 2b BEEG und der Berechnung der Höhe des Einkommens aus Erwerbstätigkeit im Bemessungszeitraum nach §§ 2c , 2d BEEG . Erst nachdem auf der ersten Stufe der Bemessungszeitraum bestimmt worden ist, kann auf der zweiten Stufe die Höhe des maßgeblichen Bemessungseinkommens vor der Geburt des Kindes berechnet werden. Aus diesem Grund ist der Begriff des "Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit" in § 2b Abs 3 S 1 BEEG nicht deckungsgleich mit demjenigen in § 2d Abs 1 BEEG .
- 28** Wollte man dagegen bereits bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums eine Prüfung verlangen, ob die berechnete Person positive Einkünfte hatte, wäre diese Vorschrift - worauf die Beklagte zutreffend hinweist - kaum sachgerecht zu handhaben. Die Ermittlung der Einkünfte muss sich auf einen Zeitraum beziehen, der im Rahmen des § 2b BEEG erst festgelegt wird. Dafür ist nach dieser Vorschrift zunächst festzustellen, ob die berechnete Person Einkommen (nur) aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit, (nur) aus selbstständiger Erwerbstätigkeit oder aus beiden Erwerbstätigkeiten hat (sog Mischeinkünfte). Dabei reicht es aus, dass das Einkommen der Art nach aus einer der genannten Erwerbstätigkeiten herrührt. Ein Bemessungszeitraum ließe sich bei alleinigem Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit nach neuem Recht überhaupt nicht mehr festlegen, wenn es bereits an dieser Stelle auf Gewinneinkünfte ankäme.
- 29** (cc) Vor allem aber spricht der Sinn und Zweck der Regelung, wie er sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt, für die vom Senat befürwortete Auslegung des Begriffs des "Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit" in § 2b Abs 3 BEEG .

Die Vorläuferregelung des § 2 Abs 9 S 1 BEEG aF traf Regelungen sowohl zur Bestimmung des Bemessungszeitraums als auch zur Berechnung der Höhe des Einkommens im Bemessungszeitraum. Mit dem Gesetz zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs vom 10.9.2012 (BGBl I 1878) hat der Gesetzgeber § 2 BEEG zur besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit neu strukturiert. Dabei wurden die Regelungen des bisherigen § 2 Abs 7 bis 9 BEEG im Wesentlichen in die neu eingefügten Vorschriften der §§ 2b bis 2f BEEG überführt (BT-Drucks 17/9841 S 17). Es erfolgte eine Trennung der Regelungen zur Bestimmung des Bemessungszeitraums einerseits (§ 2b Abs 3 BEEG) und zur Berechnung der Höhe des Einkommens im Bemessungszeitraum andererseits (§ 2d BEEG). Der in § 2 Abs 9 S 1 BEEG aF verwendete Begriff des "Gewinns" fand dabei nur Eingang in den § 2d BEEG , nicht aber in den § 2b Abs 3 BEEG . Die Bestimmung des Bemessungszeitraums hängt somit nicht mehr davon ab, ob die berechnete Person aus ihrer Erwerbstätigkeit Gewinn erzielt hat, sondern nur davon, ob sie Einkommen (nur) aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit (§ 2b Abs 1 BEEG), (nur) aus selbstständiger Erwerbstätigkeit (§ 2b Abs 2 BEEG) oder sowohl aus nichtselbstständiger als auch aus selbstständiger Erwerbstätigkeit hatte (§ 2b Abs 3 BEEG). Das zuvor bestehende hierarchische Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums für Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit mit dem Zwölfmonatszeitraum als Regel und dem letzten Veranlagungszeitraum als Ausnahme hat der Gesetzgeber ersatzlos entfallen lassen (BSG Urteil vom 21.6.2016 - B 10 EG 8/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-7837 § 2 Nr 1 , Juris). Daher ist im Regelungsgefüge des § 2b BEEG ein Einkommen der Art nach gemeint, dh ein Einkommen aus nichtselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, und nicht ein Positiveinkommen (aA Löbner/Tünz, SRa 2016, 41, 43). Aus den genannten Gründen findet die vom Senat zu § 2 Abs 9 BEEG aF entwickelte Rechtsprechung (vgl hierzu BSG Urteil vom 27.6.2013 - B 10 EG 2/12 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 21 ; BSG Urteil vom 26.3.2014 - B 10 EG 4/13 R - mwN; BSG Urteil vom 15.12.2015 - B 10 EG 6/14 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 30) entgegen der Ansicht des LSG auf § 2b Abs 3 BEEG keine Anwendung mehr. Dies entspricht der Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Mit dem Gesetz zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs vom 10.9.2012 hat er auf den gegenüber dem Vollzug des früheren Bundeserziehungsgelds stark angestiegenen Verwaltungsaufwand für den Vollzug des Elterngelds reagiert (BT-Drucks 17/9841 S 1). Die Komplexität der neuen Leistung, insbesondere die aufwändige Einkommensermittlung, habe die Verwaltungen der Länder in unverträglich hohem Maße belastet. Dies habe zu Wartezeiten geführt, welche die Zielsetzung der Leistung in Frage gestellt hätten, das weggefallene Erwerbseinkommen zu ersetzen (BR-Drucks 884/1/09 S 2). Um die Leistung weiterhin zeitnah zur Geburt an die Familien erbringen zu können, bedurfte es entweder der Bereitstellung erheblicher personeller Kapazitäten in der Verwaltung oder einer Vereinfachung des Vollzugs des Elterngelds (BT-Drucks 17/9841 S 1). Das Gesetz zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs vom 10.9.2012 zielte auf eine erhebliche Vereinfachung des Vollzugs des Elterngelds ab, bei der der Charakter der Leistung gewahrt und Mehrausgaben vermieden werden (BR-Drucks 884/1/09 S 2). Zu diesem Zweck wurde eine Berechnung des Nettoeinkommens mittels pauschaler Abgabensätze und fiktiver Steuern (fiktive Nettoberechnung) eingeführt, durch die eine deutliche Verringerung der aus den Lohn- und Gehaltsbescheinigungen zu bewertenden und zu übernehmenden Positionen erreicht werden sollte (BT-Drucks 17/9841 S 1; BR-Drucks 884/1/09 S 2). Der Bezug von Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit sollte zwingend zu einem Rückgriff auf einen steuerlichen Veranlagungszeitraum führen, der für die jeweiligen steuerlichen Gewinnermittlungszeiträume maßgeblich ist. Der Gesetzgeber wollte damit bei Mischeinkünften eine Deckungsgleichheit der Bemessungszeiträume erreichen und vor allem die Einkommensermittlung und damit den Elterngeldvollzug durch Rückgriff auf Feststellungen der Steuerbehörden maßgeblich vereinfachen (vgl Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs, BT-Drucks 17/1221 S 1; Beschlussempfehlung und Bericht des 13. Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, BT-Drucks 17/9841 S 15 f, 21). Das elterngeldrechtliche Einkommen sollte weiterhin in Anlehnung an den steuerlichen Einkommensbegriff ermittelt werden (Beschlussempfehlung und Bericht des 13. Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, BT-Drucks 17/9841 S 18). Diese Orientierung am Einkommensteuerrecht betrifft sowohl den Einkommensbegriff als auch den Zeitraum, dem das Bemessungsentgelt entnommen wird (Dau im Rahmen einer öffentlichen Anhörung des 13. Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, BT-Wortprotokoll 17/65 S 13).

Dem erklärten Willen des Gesetzgebers lassen sich somit für die vorliegende Rechtsfrage zwei Kernaussagen entnehmen: Erstens dient das Gesetz zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs vom 10.9.2012 im Allgemeinen und die Kollisionsregel (Ismer/Luft/Schachameyer, NZS 2013, 327, 333; Graue in Böttcher/Graue, BEEG, 5. Aufl 2016, § 2b BEEG RdNr 1, 7) des § 2b Abs 3 S 1 BEEG im Besonderen der Verwaltungsvereinfachung und Verfahrensbeschleunigung. Dabei soll sich - zweitens - sowohl der Einkommensbegriff als auch der Bemessungszeitraum am Einkommensteuerrecht orientieren.

- 32** Die vom erkennenden Senat angewendete weite Auslegung des Begriffs des "Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit" im Rahmen des § 2b Abs 3 BEEG, die auch Negativeinkünfte einbezieht, dient diesen Zwecken. Wie ausgeführt, versteht auch das Einkommensteuerrecht Einkommen als den (um die Sonderausgaben und die außergewöhnlichen Belastungen verminderten) Gesamtbetrag der Einkünfte, der auch negativ sein kann. Zum anderen fördert die Anwendung des § 2b Abs 3 BEEG auf sämtliche Sachverhalte, in denen eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde, grundsätzlich eine weitergehende Verwaltungsvereinfachung und Verfahrensbeschleunigung, als sie bei einer engen Begriffsauslegung erzielt würde.
- 33** Auch wenn im vorliegenden Fall der vom Gesetzgeber beabsichtigten Verwaltungsvereinfachung und Verfahrensbeschleunigung durch ein Abstellen auf den letzten abgeschlossenen Veranlagungszeitraum weniger Gewicht zukommt, weil sich die Einkünfte der Klägerin aus selbstständiger Tätigkeit anhand ihres Steuerbescheids ohnehin leicht ermitteln ließen, sind bei der Gesetzesauslegung stets auch die weiteren Sachverhaltskonstellationen im Blick zu behalten, in denen sich dieselbe Rechtsfrage stellt. Konkret sind etwa die Fälle zu beachten, in denen die selbstständige Erwerbstätigkeit - anders als bei der Klägerin - in den zwölf Monaten vor der Geburt des Kindes noch ausgeübt worden ist. In diesen Fällen liegt für diesen Zeitraum regelmäßig noch kein Einkommensteuerbescheid vor. Eine enge Auslegung des Begriffs des "Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit" könnte in solchen Konstellationen dazu führen, dass die Elterngeldstelle - mangels positiven Einkommens aus selbstständiger Tätigkeit im letzten abgeschlossenen Veranlagungszeitraum - die zwölf Kalendermonate vor dem Monat der Geburt des Kindes als Bemessungszeitraum feststellen und für diesen Zeitraum - mangels Einkommensteuerbescheides - erneut eine aufwändige Gewinnermittlung durchführen müsste (vgl § 2d Abs 2 S 2, Abs 3 BEEG). Um demgegenüber in diesen Fällen der gesetzgeberischen Zielsetzung des § 2b Abs 3 BEEG möglichst nahezukommen, ist der Begriff des "Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit" im Rahmen dieser Vorschrift weit auszulegen.
- 34** (dd) Dieser weiten Begriffsauslegung stehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Insbesondere verstößt sie nicht gegen Art 3 Abs 1 GG. § 2b Abs 3 BEEG trifft eine typisierende Regelung, weil die Vorschrift bei der Festlegung des Bemessungszeitraums für das Elterngeld die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit unabhängig davon gleich behandelt, ob daraus positive Einkünfte erwirtschaftet werden oder nicht. Zwar fällt auch eine solche Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem in den Schutzbereich des Gleichheitssatzes aus Art 3 Abs 1 GG und bedarf daher der Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gründe (vgl BVerfG Beschluss vom 12.10.2010 - 1 BvL 14/09 - BVerfGE 127, 263, 280). Nach der Rechtsprechung des BSG und des BVerfG darf der Gesetzgeber insoweit aber insbesondere im Sozialrecht bei der Ordnung von Massenerscheinungen generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen verwenden, ohne allein wegen der damit verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen (BSG Urteil vom 5.4.2012 - B 10 EG 4/11 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 13 ; BSG Urteil vom 15.12.2015 - B 10 EG 6/14 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 30 RdNr 18). Die mit der Typisierung verbundene Belastung ist hinzunehmen, wenn die durch sie eintretenden Härten oder Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und nicht nur eine, wenn auch zahlenmäßig begrenzte, Gruppe typischer Fälle (BVerfGE 9, 20, 31; BVerfGE 26, 265, 275 f [BVerfG 25.06.1969 - 2 BvR 321/69] ; BVerfGE 63, 119, 128, 130 [BVerfG 08.02.1983 - 1 BvL 28/79] = SozR 2200 § 1255 Nr 17 S 36, 38). Zudem dürfen die mit der Typisierung einhergehenden Härten nicht besonders schwer wiegen und nur unter Schwierigkeiten vermeidbar sein (BVerfGE 111, 115, 137 = SozR 4-8570 § 6 Nr 3 RdNr 39; BVerfGE 111, 176, 188 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 37). Hierbei sind auch praktische Erfordernisse der Verwaltung von Gewicht.

- 35** Auch wenn die Anwendung des § 2b Abs 3 S 1 BEEG im konkreten Fall zu keiner weitergehenden Vereinfachung des Elterngeldvollzugs führt, erweist sie sich nach diesen Vorgaben nicht als unverhältnismäßig. Die mit der gesetzlichen Regelung in Fällen wie dem der Klägerin verbundenen Härten ließen sich nur unter Schwierigkeiten vermeiden. Denn eine enge Auslegung des Einkommensbegriffs im Rahmen von § 2b Abs 3 BEEG würde in ähnlichen Konstellationen - wie unter 4 d) cc) erläutert - bereits bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums eine aufwändige Gewinnermittlung erforderlich machen. Dies würde den vom Gesetzgeber angestrebten, legitimen Vereinfachungseffekt zugunsten von Verwaltung und Elterngeldberechtigten weitgehend aufheben.
- 36** Die mit der gesetzlichen Regelung für die Klägerin verbundene Härte wiegt für sie auch nicht besonders schwer. Sie wird nicht vom Elterngeldbezug ausgeschlossen, sondern bezieht ihr Elterngeld lediglich auf Grundlage ihres Einkommens in einem anderen Bemessungszeitraum.
- Zwar erhält die Klägerin dadurch weniger Elterngeld als erwartet, weil sie in den Jahren 2011 und 2012 - anders als in den letzten zwölf Kalendermonaten vor der Geburt ihres zweiten Kindes - noch keine nebenberufliche nichtselbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hatte. Die angestrebte Optimierung des Elterngeldanspruchs durch Aufnahme weiterer Erwerbstätigkeiten vor der Geburt mag ein nachvollziehbares Ziel der berechtigten Person sein, braucht aber nicht höher gewichtet werden als die praktischen Erfordernisse der Verwaltung.
- 37** Die Klägerin gehört auch nicht zu einer nennenswerten Gruppe vergleichbarer Elterngeldbezieher, deren Existenz die Befugnis des Gesetzgebers zur Typisierung in atypischen Sonderfällen überschreiten könnte. Der Bemessungszeitraum hat sich bei der Klägerin vielmehr nur deshalb verschoben, weil sie im letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes neben ihrer hauptberuflichen nichtselbstständigen Tätigkeit einer - danach wieder aufgegebenen - gewerblichen Tätigkeit nachgegangen ist und damit nur Verluste erzielt hat. Es ist nicht ersichtlich, dass eine derartige ungewöhnliche Konstellation eine, wenn auch zahlenmäßig begrenzte, eigenständige Gruppe typischer Fälle ausmacht. Vielmehr geht die Verschiebung des Bemessungszeitraums vom Zwölfmonatszeitraum vor dem Geburtsmonat des Kindes zurück auf die maßgeblichen steuerlichen Veranlagungszeiträume nicht zwingend mit einem niedrigeren Bemessungseinkommen einher. Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit sind bereits ihrer Natur nach nicht so stet und vorhersehbar wie solche aus nichtselbstständiger Tätigkeit. Zudem können sie von den Berechtigten regelmäßig leichter beeinflusst werden.
- 38** 5. Für eine abschließende Entscheidung darüber, ob die Beklagte den Bemessungszeitraum zu Recht vom Steuerjahr 2012 auf das Steuerjahr 2011 verschoben hat, fehlen jedoch tatsächliche Feststellungen.
- 39** Zwar sieht § 2b Abs 3 S 2 BEEG vor, § 2b Abs 2 S 2 BEEG mit der zusätzlichen Maßgabe anzuwenden, dass für die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit vor der Geburt der vorangegangene steuerliche Veranlagungszeitraum maßgeblich ist, wenn im Bemessungszeitraum nach § 2b Abs 3 S 1 BEEG die Voraussetzungen des § 2b Abs 1 S 2 BEEG vorgelegen haben. Dies ist vorliegend der Fall, denn die Klägerin hatte in der Zeit vom 1.1. bis 27.10.2012 Elterngeld bezogen (vgl § 2b Abs 1 S 2 Nr 1 BEEG). Ihr Einkommen im Jahr 2012 war dadurch niedriger als ihr Einkommen im Jahr 2011, in dem sie Elterngeld und beamtenrechtliche Bezüge in der Zeit des Mutterschutzes bezogen hatte. Deshalb erhielt die Klägerin ein höheres Elterngeld, wenn das Jahr 2011 als Bemessungszeitraum zugrunde gelegt würde.
- 40** Jedoch setzt die Anwendung des § 2b Abs 3 S 2 BEEG einen entsprechenden Antrag der berechtigten Person voraus. § 2b Abs 3 S 2 BEEG nimmt ausdrücklich auf § 2b Abs 2 S 2 BEEG Bezug ("mit der zusätzlichen Maßgabe"), der dieses Erfordernis statuiert ("auf Antrag"; vgl auch Wiegand, BEEG, § 2b BEEG RdNr 13; Lenz in Rancke, Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit/Betreuungsgeld, 4. Aufl 2015, § 2b BEEG RdNr 15; Grösslein-Weiß in Roos/Biersborn, MuSchG/BEEG, Synopse § 2 aF/§§ 2a-2f nF BEEG S 729 unten; Helmke, Familienleistungsausgleich, Kommentar, § 2b BEEG RdNr 37 f; Graue in Böttcher/Graue, BEEG, 5. Aufl 2016, § 2b BEEG RdNr 8; Schnell in Tillmanns/Mutschler, MuSchG/BEEG, § 2b BEEG RdNr 22 f). Mit dem Antragserfordernis will das Gesetz unbillige Härten

durch eine schematische Verschiebung des Bemessungszeitraums vermeiden.

- 41** Feststellungen dazu, ob die Klägerin einen solchen Antrag gestellt hat, hat das LSG nicht getroffen. Wie sich aus § 163 SGG ergibt, kann das Revisionsgericht die fehlenden Feststellungen hier - wie im gesetzlichen Regelfall - nicht selbst nachholen. Die Sache war daher zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen, dem auch die Kostenentscheidung vorbehalten bleibt.

Dr. Roos
Othmer
Dr. Röhl
Rothacher
Voigt

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.