

**Bundessozialgericht**  
**Urt. v. 13.12.2018, Az.: B 10 EG 5/17 R**

---

**Verzichtet Personengeschafter auf den Gewinn, dann wird beim Elterngeld auch nichts angerechnet**

Der im Steuerbescheid ausgewiesene Jahresgewinn einer Personengeschafterin ist nicht anteilig im Elterngeldzeitraum als Einkommen anzurechnen, wenn die Gesellschafterin für diese Zeit auf ihren Gewinn verzichtet hat. Das hat das BSG entschieden. Es änderte damit seine vorherige Rechtsprechung zu diesem Punkt, als der Jahresgewinn eines Gesellschafters auch dann anteilig als Einkommen in der Bezugszeit anzurechnen war, wenn ein Gesellschafter auf seinen Gewinn in der Elternzeit verzichtet hatte.

Quelle: Wolfgang Büser

**Gericht:** BSG

**Datum:** 13.12.2018

**Aktenzeichen:** B 10 EG 5/17 R

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2018, 10208

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LSG Bayern - 07.12.2016 - AZ: L 12 EG 70/15

**Fundstellen:**

BSGE 127, 162 - 168

Breith. 2019, 779-784

DStR 2019, 1103-1105

DStR 2019, 1873

FA 2019, 37

FamRZ 2019, 1107

GmbH-Stpr. 2019, 212

NZS 2019, 540-543

SGb 2019, 164

---

**BSG, 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R**

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: B 10 EG 5/17 R

Bayerisches LSG 07.12.2016 - L 12 EG 70/15

SG Augsburg 18.11.2015 - S 5 EG 10/15

.....,  
Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: .....,

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch das Zentrum Bayern Familie und Soziales,

Hegelstraße 2, 95447 Bayreuth,

Beklagter und Revisionskläger.

Der 10. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. R o o s , die Richter Dr. K a l t e n s t e i n und Dr. R ö h l sowie die ehrenamtlichen Richter van N i e u w e n b o r g und G ü n t h e r

für Recht erkannt:

### **Tenor:**

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 7. Dezember 2016 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.

### **Gründe**

I

- 1 Die Klägerin begehrt höheres Elterngeld ohne Berücksichtigung von Einkünften als Gesellschafterin einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) im Bezugszeitraum.
- 2 Die Klägerin führte vor der Geburt ihrer Tochter im November 2014 mit ihrem Bruder eine Steuerkanzlei als Sozietät in der Rechtsform einer GbR. Ein Nachtrag vom 5.5.2014 zum Gesellschaftsvertrag vom 2004 regelt, dass ein wegen Elternzeit nicht beruflich tätiger Sozios keinen Gewinnanteil erhält. Der Klägerin stand daher nach dem Gesellschaftsvertrag ab Beginn der Mutterschutzfrist am 25.9.2014 bis zum geplanten Ende der Elternzeit am 6.6.2015 kein Anteil am Gewinn der Gesellschaft zu. Laut gesonderter Gewinnermittlungen der Gesellschaft belief sich der Gewinnanteil der Klägerin nach ihren Angaben in der Elternzeit auf Null. Während dieser Zeit tätigte die Klägerin auch keine Entnahmen von ihrem Gesellschafterkonto.
- 3 Auf ihren Antrag bewilligte der Beklagte der Klägerin vorläufig Elterngeld für den ersten bis siebten Lebensmonat ihrer Tochter (6.11.2014 bis 5.6.2015) in Höhe von 0 Euro für den ersten, 48,40 Euro für den zweiten sowie von 375 Euro für den dritten bis siebten Lebensmonat (Mindestelterngeld zuzüglich Geschwisterbonus für ein älteres Kind). Dabei rechnete der Beklagte das von der Klägerin ua in der Zeit vom 6.11.2014 bis 1.1.2015 bezogene Mutterschaftsgeld an. Der Klägerin stehe zwar rechnerisch ein monatliches Elterngeld in Höhe von 1800 Euro zu, zuzüglich eines Geschwisterbonus. Ihr Elterngeldanspruch sei aber zu kürzen. Der Anspruch berechne sich nach § 2 Abs 3 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) , weil der Klägerin im Bezugszeitraum auf der Grundlage des Steuerbescheids für das Jahr 2013 ein fiktiver reduzierter Gewinn aus selbstständiger Arbeit in Höhe von 6000 Euro monatlich zustehe. Die tatsächlichen Einkünfte im Bezugszeitraum seien bei Beteiligungseinkünften nicht maßgeblich (Bescheid vom 21.1.2015, Widerspruchsbescheid vom 11.3.2015).

- 4 Das SG hat den Beklagten unter Abänderung der angefochtenen Bescheide verurteilt, der Klägerin Elterngeld ohne Anrechnung von Einkommen aus Erwerbstätigkeit im Bezugszeitraum zu gewähren (Urteil vom 18.11.2015).
  - 5 Das LSG hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen (Urteil vom 7.12.2016). Er stelle für die vorläufige Elterngeldfestsetzung zu Unrecht auf den Steuerbescheid für das Jahr 2013 ab. Grundlage der Einkommensberechnung in den Bezugsmonaten sei nach der Neuregelung des BEEG gemäß § 2d Abs 3 BEEG eine Gewinnermittlung, die mindestens den Anforderungen des § 4 Abs 3 Einkommensteuergesetz (EStG) entspreche (sogenannte Überschussrechnung). Der Steuerbescheid könne dagegen nicht als maßgeblicher Einkommensnachweis für den Bezugszeitraum herangezogen werden. Das Einkommen im Veranlagungszeitraum erlaube keine zuverlässigen Rückschlüsse auf jenes in der Bezugszeit; es komme vielmehr maßgeblich auf den tatsächlichen Einkommenszufluss an. Der klare, einer abweichenden Auslegung nicht zugängliche Wortlaut des § 2d Abs 3 BEEG schließe einen Rückgriff auf den Steuerbescheid und eine fiktive Zurechnung von anteiligen Jahreseinkünften aus. Dies sei auch die eindeutige Auffassung des Gesetzgebers (Hinweis auf BT-Drucks 17/9841 S 23).
  - 6 Mit seiner Revision macht der Beklagte geltend, der Jahresgewinn eines Gesellschafters sei auch dann anteilig als Einkommen in der Bezugszeit anzurechnen, wenn der Gesellschafter wegen der Elternzeit auf seinen Gewinn verzichtet habe. Das ergebe sich aus der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Hinweis auf Urteil vom 21.6.2016 - B 10 EG 3/15 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 31 RdNr 23 f). Die maßgebliche Norm sei lediglich umformuliert, aber nicht geändert worden. Das Problem der Gewinnermittlung bei Personengesellschaften habe der Gesetzgeber übersehen. Nach wie vor sei unerheblich, ob der Elterngeldberechtigte im Bezugszeitraum tatsächlich Gewinn erziele. Die Klägerin habe trotz ihrer Elternzeit weiterhin das Mitunternehmerrisiko getragen, ihre Mitunternehmerinitiative habe fortbestanden. Auf eine tatsächliche Ausübung dieser Tätigkeit komme es nicht an. Bei einer Zwei-Personen-Gesellschaft könne man dies nur dann anders beurteilen, wenn die Gesellschaft aufgelöst werde.
  - 7 Der Beklagte beantragt,  
  
die Urteile des Bayerischen Landessozialgerichts vom 7. Dezember 2016 und des Sozialgerichts Augsburg vom 18. November 2015 aufzuheben und die Klage abzuweisen.
  - 8 Die Klägerin beantragt,  
  
die Revision zurückzuweisen.
  - 9 Sie beruft sich auf das angefochtene Berufungsurteil, das sie für zutreffend hält.
- II
- 10 Die zulässige Revision des Beklagten ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen ( § 170 Abs 1 S 1 SGG ). Wie die Vorinstanzen zu Recht entschieden haben, steht der Klägerin im Rahmen der vorläufigen Bewilligung Elterngeld ohne Anrechnung fiktiver Gewinnanteile im Bezugszeitraum zu.
  - 11 Gegenstand des Revisionsverfahrens sind der vorläufige Bescheid des Beklagten vom 21.1.2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.3.2015 ( § 95 SGG ) sowie die Urteile des SG vom 18.11.2015 und des LSG vom 7.12.2016; sie haben diese Bescheide zu Recht abgeändert und den Beklagten zur vorläufigen Gewährung einkommensabhängigen anstatt des Mindestelterngelds verurteilt.
  - 12 Mit ihrer kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage ( § 54 Abs 1 S 1 und Abs 4 , § 56 SGG ) macht die Klägerin zulässigerweise einen Anspruch auf vorläufige Gewährung höheren Elterngelds ohne Anrechnung des vom Beklagten in Ansatz gebrachten fiktiven Gewinns im Bezugszeitraum im

Wege eines Grundurteils geltend ( § 130 Abs 1 S 1 SGG ; vgl Senatsurteile vom 26.3.2014 - B 10 EG 2/13 R - Juris RdNr 9 und vom 18.8.2011 - B 10 EG 7/10 R - BSGE 109, 42 = SozR 4-7837 § 2 Nr 10 , RdNr 14, jeweils mwN).

- 13** Der Zulässigkeit ihrer Klage steht nicht entgegen, dass der Beklagte seine vorläufige Entscheidung im Bescheid vom 21.1.2015 noch nicht durch eine endgültige Bewilligung ersetzt hat. Die Bewilligung vorläufiger Leistungen nach § 8 Abs 3 BEEG ist ein eigenständiger Verwaltungsakt iS des § 31 S 1 SGB X , der gesondert mit Widerspruch und Klage angefochten werden kann ( Senatsurteile vom 4.9.2013 - B 10 EG 18/12 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 23 RdNr 19 und vom 5.4.2012 - B 10 EG 6/11 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 15 RdNr 13, jeweils mwN).
- 14** Zu Recht hat das LSG in Übereinstimmung mit dem SG im Rahmen der vorläufigen Bewilligung einen Anspruch der Klägerin auf höheres Elterngeld ohne Anrechnung von fiktiven Gewinnen im Bezugszeitraum für den ersten bis siebten Lebensmonat ihrer Tochter bejaht. Die Klägerin erfüllt die grundsätzlichen (1.) ebenso wie die einkommensabhängigen Voraussetzungen (2.) für die Gewährung von Elterngeld. Denn sie hatte zwar im Bemessungszeitraum Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit (2.a), nicht jedoch im Bezugszeitraum die vom Beklagten zugrunde gelegten fiktiven Gewinnanteile auf der Grundlage des Steuerbescheids für das Jahr 2013 (2.b).
- 15** 1. Der Elterngeldanspruch der Klägerin für ihre im November 2014 geborene Tochter richtet sich aufgrund der Übergangsvorschrift des § 27 Abs 1 BEEG nach den am 18.9.2012 in Kraft getretenen und bis 31.12.2014 geltenden Vorschriften des BEEG vom 10.9.2012 (BGBl I 1878) und deren Änderung durch das Gesetz vom 23.10.2012 (BGBl I 2246).
- 16** Die Klägerin erfüllt danach die Grundvoraussetzungen des Elterngeldanspruchs nach § 1 Abs 1 Nr 1 bis 4 BEEG . Nach den von der Vorinstanz getroffenen Feststellungen ( § 163 SGG ) hatte sie während der Bezugszeit ihren Wohnsitz in Deutschland, lebte mit ihrer von ihr betreuten Tochter in einem Haushalt und übte entsprechend den Regelungen des Gesellschaftsvertrags keine Erwerbstätigkeit aus.
- 17** 2. Die Klägerin hat Anspruch auf einkommensabhängiges Elterngeld. Für die hier streitige Höhe des vorläufigen Elterngeldanspruchs ist § 2 BEEG maßgebend. Nach § 2 Abs 1 S 1 und 2 BEEG wird Elterngeld in Höhe von bis zu 67 Prozent des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1800 Euro jeweils für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat. Das Einkommen aus Erwerbstätigkeit errechnet sich nach § 2 Abs 1 S 3 BEEG nach Maßgabe der §§ 2c - 2f BEEG aus der um die Abzüge für Steuern und Sozialabgaben verminderten Summe der positiven Einkünfte der von Nr 1 und 2 aufgezählten Einkunftsarten aus nichtselbstständiger und selbstständiger Tätigkeit, 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. Die Ersatzrate richtet sich nach § 2 Abs 2 BEEG .
- 18** a) Bemessungszeitraum für die Ermittlung des Einkommens der Klägerin war nach § 2b Abs 2 S 1 BEEG das Kalenderjahr 2013 als der letzte abgeschlossene steuerliche Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes. Nach den gemäß § 163 SGG für den Senat bindenden Feststellungen des LSG hat die Klägerin vor der Geburt ihres Kindes ausschließlich Einkommen aus ihrer selbstständigen Tätigkeit iS von § 2 Abs 1 S 3 Nr 2 BEEG als Gesellschafterin einer GbR erzielt. Auf der Grundlage des Einkommensteuerbescheids für das Jahr 2013 und des darin ausgewiesenen Gewinns ergab sich nach der von den Beteiligten nicht infrage gestellten Berechnung des Beklagten der Elterngeldhöchstbetrag von 1800 Euro monatlich. Darauf anzurechnen sind nach den ebenfalls nicht zu beanstandenden Ausführungen des LSG gemäß § 3 Abs 1 S 1 Nr 1 BEEG das der Klägerin vom 6.11.2014 bis 1.1.2015 kalendertäglich gewährte Mutterschaftsgeld. Zusätzlich steht ihr ein Geschwisterbonus in Höhe von 75 Euro zu ( § 2a Abs 1 S 1 Nr 1 BEEG ).

**19**

b) Im Bezugszeitraum durfte der Beklagte keine fiktiven Gewinne der Klägerin auf der Grundlage des Steuerbescheids für das Jahr 2013 anteilig anrechnen. Er durfte deswegen das Elterngeld auch nicht nach § 2 Abs 3 BEEG im Wege der Differenzberechnung entsprechend niedriger festsetzen.

- 20** aa) Eine Gewinnermittlung auf Jahresbasis und Berücksichtigung des anteiligen Jahresgewinns in der Bezugszeit widerspricht § 2d Abs 3 S 1 BEEG . Grundlage der Ermittlung der in den Bezugsmonaten zu berücksichtigenden Gewinneinkünfte ist danach eine Gewinnermittlung, die mindestens den Anforderungen des § 4 Abs 3 EStG entspricht, die also zumindest den Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben für die Bezugsmonate ausweist. Eine solche Überschussrechnung stellt im Vergleich zur Gewinnermittlung nach § 4 Abs 1 bzw § 5 EStG eine vereinfachte Gewinnberechnung dar, weil das Betriebsergebnis des jeweiligen Besteuerungszeitraums nach § 4 Abs 3 S 1 EStG (in erster Linie) aufgrund des Überschusses der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben in diesem Zeitabschnitt zu bestimmen ist, dh vor allem anhand des Saldos betrieblich veranlasster Geldzu- und -abgänge, ohne dass etwa Rückstellungen vorgenommen werden oder eine Inventur erfolgt. Für diese vereinfachte Gewinnberechnung gilt grundsätzlich das Zu- und Abflussprinzip iS des § 11 EStG (vgl Wied in Blümich, EStG , Werkstand Oktober 2018, § 4 RdNr 153 mwN). Diese steuerrechtlichen Grundsätze gelten auch für die Elterngeldberechnung mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Besteuerungszeitraums derjenige des Elterngeldbezugs ("in den Bezugsmonaten") tritt.
- 21** Der Senat sieht sich deshalb veranlasst, seine bisherige Rechtsprechung zur anteiligen Berücksichtigung von Gewinnanteilen aus einer Personengesellschaft in der Bezugszeit zu modifizieren. Hiernach ist im Geltungsbereich der Regelung des § 2 Abs 8 und 9 BEEG (idF des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006, BGBl I 2748) das elterngeldrechtlich relevante Einkommen von Personengesellschaftern im Bezugszeitraum anhand des sich aus dem Steuerbescheid ergebenden Jahresgewinns und des daraus ermittelten monatlichen Durchschnittseinkommens zu berechnen. Dies gilt auch, wenn der Elterngeldberechtigte im Bezugszeitraum nicht tätig geworden ist und eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung seinen Gewinnanteil anteilig reduziert hat. Denn trotz der schon seinerzeit für die Berechnung bedeutsamen Überschussrechnung ( § 2 Abs 8 S 2 BEEG ) ließ sich mit dem auf der Grundlage des Steuerbescheids zu ermittelnden Durchschnittsgewinn ( § 2 Abs 9 S 1 BEEG ) bei Gewinnanteilen aus Personengesellschaften dem gesellschaftsrechtlichen Prinzip der Jährlichkeit bestmöglich Rechnung tragen ( Senatsurteile vom 21.6.2016 - B 10 EG 3/15 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 31 RdNr 23 und vom 26.3.2014 - B 10 EG 4/13 R - Juris RdNr 35).
- 22** Inzwischen gebietet aber die für den Bezugszeitraum in einem gesonderten Absatz neu gefasste und um die Wendung "in den Bezugsmonaten" ergänzte Regelung des § 2d Abs 3 S 1 BEEG - jedenfalls für die hier vorliegende Konstellation eines ausdrücklichen Gewinnverzichts für die Bezugsmonate - eine andere Sichtweise. Auf diese Möglichkeit der Neuinterpretation in der vorliegenden Fallgestaltung hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 21.6.2016 (B 10 EG 3/15 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 31 RdNr 23) zur alten Gesetzesfassung hingewiesen. Denn wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, ist der - in Kenntnis der Senatsrechtsprechung erlassene - Wortlaut der Gewinnermittlungsvorschrift des § 2d Abs 3 S 1 BEEG nunmehr eindeutig. Danach ist Grundlage der Ermittlung der Gewinneinkünfte in den Bezugsmonaten eine Gewinnermittlung nach § 4 Abs 3 EStG . Anders als für den Bemessungszeitraum (vgl § 2d Abs 2 S 1 BEEG ) sieht der Gesetzgeber den Steuerbescheid für den Bezugszeitraum nicht als geeignete Grundlage zur Bestimmung des Einkommens an. Das auf den Bezugszeitraum anteilig umgerechnete Einkommen im jeweiligen Veranlagungszeitraum erlaubt keine zuverlässigen Rückschlüsse auf das Einkommen im Bezugszeitraum (so ausdrücklich Beschlussempfehlung und Bericht des 13. Ausschusses des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs, BT-Drucks 17/9841 S 23).
- 23** Das Argument des Beklagten, auch einem Steuerbescheid lägen Gewinnermittlungen zugrunde, die § 4 Abs 3 EStG entsprächen, überzeugt nicht. Wie der Verweis auf eine Gewinnermittlung nach § 4 Abs 3 EStG und damit auf den dabei anwendbaren § 11 EStG (vgl BFH Urteil vom 16.2.1995 - IV R 29/94 - Juris RdNr 6; Gunsenheimer, Die Einnahmenüberschussrechnung nach § 4 Abs 3 EStG, 14. Aufl 2015, S 144, jeweils mwN) zeigt, kommt es dem Gesetzgeber gerade auf den nach dem

Zuflussprinzip ermittelten Gewinn nur in den Bezugsmonaten und nicht im gesamten Steuerjahr an. Nach § 11 Abs 1 S 1 EStG sind Einnahmen innerhalb des Kalenderjahres bezogen, in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind; im Elterngeldrecht tritt für die Ermittlung der Gewinneinkünfte in der Bezugszeit insoweit kraft ausdrücklicher Regelung des § 2d Abs 3 S 1 BEEG der Bezugszeitraum an die Stelle des Kalenderjahres. Diese Vorschrift steht mithin einer anteiligen Umrechnung des Jahresgewinns auf die Bezugsmonate ohne Berücksichtigung des tatsächlichen Mittelzuflusses im Bezugszeitraum entgegen.

- 24** Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber - trotz der vorhandenen Senatsrechtsprechung - die Sonderproblematik bei Gesellschaftsanteilen von Personengeschaftern übersehen haben könnte, bestehen nicht. Die vom Beklagten als Beleg für seine Auffassung zitierte Aussage aus den Gesetzesmaterialien, bei der Neuformulierung des § 2d Abs 3 BEEG handele es sich lediglich um eine Übernahme des bisherigen Regelungsgehalts des § 2 Abs 8 S 2 BEEG mit redaktionellen Anpassungen (BT-Drucks 17/9841 S 23), hat sich im Gesetzestext nicht niedergeschlagen. Vielmehr hat der Gesetzgeber erst mit der Neufassung die in den Materialien schon zur ursprünglichen Gesetzesfassung getroffene Kernaussage im Gesetzeswortlaut verankert, dass für den Zeitraum nach der Geburt nicht auf einen steuerlichen Veranlagungszeitraum zurückgegriffen werden kann (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des 13. Ausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucks 16/2785 S 38).
- 25** Kommt es danach für den Bezugszeitraum auf eine Überschussrechnung als Grundlage der zu berücksichtigenden Gewinneinkünfte an, verbindet sich damit zugleich eine Hinwendung zum tatsächlichen Mittelzufluss in der Bezugszeit ohne Rücksicht auf den Umfang des Mitunternehmerisikos und der Mitunternehmerinitiative (vgl. Senatsurteil vom 21.6.2016 - B 10 EG 3/15 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 31 RdNr 24). Daher haben die Vorinstanzen zu Recht die Einkommensberechnung auf der Grundlage einer Gewinnermittlung auf Jahresbasis beanstandet.
- 26** bb) Sie haben den Beklagten auch zutreffend zur Gewährung von einkommensabhängigem Elterngeld ohne Anrechnung des anteiligen Jahresgewinns dem Grunde nach verurteilt. Denn mit der nötigen Wahrscheinlichkeit steht der Klägerin mehr Elterngeld als das bisher bewilligte Mindestelterngeld zu (vgl. hierzu Senatsurteil vom 26.3.2014 - B 10 EG 2/13 R - Juris RdNr 9 mwN). Umgekehrt ist die Prognose möglichen Einkommens in der Bezugszeit als Voraussetzung einer vorläufigen Bewilligung bis zur Vorlage einer Überschussrechnung für den Bezugszeitraum nicht entkräftet, weil die Klägerin vor der Geburt erhebliche Gewinne als Gesellschafterin erzielt hat. Die Befugnis zu der auf diesem Umstand gestützten Einkommensprognose folgt aus § 8 Abs 3 S 1 BEEG (idF des Gesetzes vom 15.2.2013, BGBl I 254). Danach wird Elterngeld bis zum Nachweis des tatsächlich zu berücksichtigenden Einkommens aus Erwerbstätigkeit vorläufig unter Berücksichtigung des glaubhaft gemachten Einkommens aus Erwerbstätigkeit gezahlt, wenn die berechnete Person nach den Angaben im Antrag auf Elterngeld im Bezugszeitraum voraussichtlich Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat. Der erforderliche Nachweis des tatsächlich zu berücksichtigenden Einkommens - bzw der von der Klägerin behaupteten Einkommenslosigkeit - durch eine Überschussrechnung iS des § 4 Abs 3 EStG fehlt weiterhin. Dies hat das LSG ausdrücklich festgestellt. Sind danach die besonderen Voraussetzungen für eine vorläufige Bewilligung iS des § 8 Abs 3 BEEG nach wie vor erfüllt, bestand kein Anlass für eine Zurückverweisung zum Zwecke weiterer Ermittlungen der endgültigen Einkommensverhältnisse in der Bezugszeit (vgl. zu § 40 Abs 1 S 2 Nr 1a SGB II , § 328 SGB III : BSG Urteil vom 19.8.2015 - B 14 AS 13/14 R - BSGE 119, 265 = SozR 4-4200 § 22 Nr 86 , RdNr 16).
- 27** Eine abschließende Beurteilung der Einkommensverhältnisse der Klägerin im Bezugszeitraum bleibt nach alledem der endgültigen Elterngeldfestsetzung vorbehalten. Dabei wird der Beklagte von einer den Anforderungen des § 4 Abs 3 EStG entsprechenden Überschussrechnung bzw Gewinn- und Verlustrechnung der Klägerin für diesen Zeitraum auszugehen haben (vgl. dazu iE Wied in Blümich, EStG, Werkstand Oktober 2018, § 4 EStG RdNr 153 ff mwN). Der Gesetzgeber lässt diese - wie ausgeführt - nunmehr als Nachweis der Einkommensverhältnisse im Bezugszeitraum ausreichen, wenn keine Anhaltspunkte für Rechtsmissbrauch bestehen.
- 28** 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG und folgt der Entscheidung in der Hauptsache.

---

Dr. Roos  
Dr. Kaltenstein  
Dr. Röhl  
van Nieuwenborg  
Günther

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.