

---

## S 3 EG 15/09

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung	13
Kategorie	-
Bemerkung	Auf Rev. d.Bekl. wird das Urteil des LSG aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen. Neues Az.= L 13 EG 18/12 ZVW
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 3 EG 15/09
Datum	21.01.2010

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 13 EG 16/10
Datum	12.04.2011

#### 3. Instanz

Datum	05.04.2012
-------	------------

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 21.01.2010 wird zurückgewiesen. Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers auch im Berufungsverfahren. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die endgültige Festsetzung und teilweise Erstattung vorläufig gewährten Elterngeldes.

Der Kläger ist Vater des am 00.00.2007 geborenen Kindes F S sowie von dessen am 00.00.2009 geborener Schwester J S. Der Kläger ist selbstständig als Redakteur für Fernsehsendungen tätig. Die Mutter der Kinder und Lebensgefährtin des Klägers stand als Lehrerin im Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Sie ist im Oktober

---

2009 verstorben.

Mit Bescheid vom 14.06.2007 gewährte das Versorgungsamt L der Lebensgefährtin des Klägers antragsgemäß Elterngeld für den ersten bis zwölften Lebensmonat von F.

Mit Schreiben vom 17.08.2007 beantragte der Kläger, ihm für den sechsten Lebensmonat (13.09. bis 12.10.2007) und den zwölften Lebensmonat (13.03. bis 12.04.2008) von F Elterngeld zu gewähren. Er fügte dem Antrag eine betriebswirtschaftliche Auswertung für das Jahr 2006 bei, die ein Jahresergebnis von 80.668,00 EUR vor Steuern auswies.

Mit Bescheid vom 03.09.2007 gewährte das Versorgungsamt L dem Kläger antragsgemäß für den sechsten und den zwölften Lebensmonat seines Sohnes F Elterngeld i.H.v. jeweils 1.800,00 EUR. Nach § 8 Abs. 3 Bundeselterngeldgesetz (BEEG) erfolgte die Festsetzung vorläufig.

Mit Schreiben vom 11.07.2008 legte der Kläger Einkommensnachweise sowie Umsatzsteuervoranmeldungen für die Bezugsmonate des Elterngeldes vor. Danach war im ersten Bezugsmonat – genau am 05.10.2007 – eine Zahlung über 7.044,93 EUR auf sein Konto eingegangen. Die Zahlung erfolgte auf eine Rechnung vom 28.08.2007 für eine Tätigkeit des Klägers als Regisseur/Realisator/Autor im August 2008.

Im zweiten Bezugsmonat, dem zwölften Lebensmonat von F (12.03. bis 12.04.2008), floss dem Kläger am 25.03.2008 eine weitere Zahlung von 2.975,00 EUR zu. Die Zahlung erfolgte auf eine Rechnung vom 03.03.2008 für eine beratende Tätigkeit des Klägers im Monat Februar 2008.

Der Kläger wies den Beklagten darauf hin, bei den Zahlungseingängen handele es sich um Rechnungen, die er ausschließlich in der Zeit vor seiner Elternzeit gestellt habe. Die Zahlungen seien lediglich verspätet auf seinem Konto eingegangen. Laut ebenfalls vorgelegtem Einkommensbescheid beliefen sich die Einkünfte des Klägers aus selbstständiger Arbeit im Jahr 2006 auf 51.481,00 EUR, auf die er insgesamt 10.479,86 EUR an Steuern entrichtete.

Mit Bescheid vom 08.01.2009 setzte der Beklagte daraufhin das Elterngeld des Klägers nach [§ 8 Abs. 3](#) i.V.m. [§ 2 Abs. 3 BEEG](#) endgültig auf 300,00 EUR für die beiden Bezugsmonate fest und forderte die Überzahlung i.H.v. 3.000,00 EUR nach [§ 8 BEEG](#) i.V.m. [§ 50 SGB X](#) zurück. Der Beklagte legte für die Einkommensermittlung den Steuerbescheid des Klägers für das Jahr 2006 zugrunde und ermittelte daraus Nettoeinkünfte des Klägers im Jahr 2006 von monatlich durchschnittlich 3.416,76 EUR. Davon setzte er 2.700,00 EUR als vor der Geburt des Kindes erzielt an. Da der Beklagte von Nettoeinkünften des Klägers in den Bezugsmonaten von 2501,05 EUR ausging, ergab sich lediglich ein Elterngeld in Höhe des Mindestbetrags von 300 EUR.

Den rechtzeitig erhobenen Widerspruch des Klägers wies die Bezirksregierung

---

Münster mit Bescheid vom 12.06.2009 zurück, weil im Elterngeldrecht das Zuflussprinzip gelte. Dagegen hat der Kläger Klage erhoben und zuletzt beantragt, "den Änderungsbescheid vom 08.01.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.06.2009 aufzuheben".

Mit dem angefochtenen Urteil vom 21.01.2010 hat das Sozialgericht (SG) Köln antragsgemäß den "Änderungsbescheid" vom 08.01.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.06.2009 aufgehoben. Zur Begründung hat das SG ausgeführt, der Beklagte habe zu Unrecht die dem Kläger in der Elternzeit zugeflossenen Beträge als Einkommen aus Erwerbstätigkeit berücksichtigt. Hinsichtlich der Frage der Einkommenserzielung verweise das BEEG auf das Einkommenssteuerrecht. Dort werde die Erzielung von Einkünften in einen Erwerbstatbestand und einen Erwerbserfolg aufgegliedert. "Einkünfte" in diesem Sinne erziele nur, wer die tatbestandsmäßige Handlung vornehme und dadurch den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführe (unter Hinweis auf Urteil des Senats vom 26.08.2009, [L 13 EG 24/09](#)). Beim Kläger fehle es aber am Erwerbstatbestand, weil er sich im maßgeblichen Zeitraum ausschließlich um seinen Sohn gekümmert habe. Er habe damit keine Handlung vorgenommen, die auf einen Erwerbserfolg gerichtet gewesen sei. Dass der Zufluss von Erträgen aus einer vor der Phase der Kindererziehung ausgeübten Tätigkeit alleine den Tatbestand der Einkünfteerzielung nicht erfülle, ergebe sich entsprechend auch aus Punkt 2.3.2 der Richtlinie des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 09.02.2009 sowie aus dem Urteil des Sozialgerichts München vom 15.01.2009 - [S 30 EG 37/08](#).

Das Urteil des SG wurde dem Beklagten am 24.02.2010 zugestellt. Mit seiner am 19.03.2010 erhobenen Berufung hat der Beklagte ausgeführt, die vom SG zitierte Passage der Verwaltungsrichtlinie sowie das Urteil des Landessozialgerichts beträfen jeweils abhängig Beschäftigte. Diese seien aber mit dem selbstständig tätigen Kläger nicht zu vergleichen. Das ergebe sich u.a. aus den [§§ 2 Abs. 7 und 8 BEEG](#). Wie der Verweis in [§ 2 Abs. 8 BEEG](#) zeige, der den nach [§ 4 Abs. 3 Einkommenssteuergesetz \(EStG\)](#) ermittelten Gewinn zur Grundlage der Einkommensermittlung erkläre, sei bei Selbstständigen auf das steuerliche Zuflussprinzip nach [§ 11 EStG](#) abzustellen. Dasselbe ergebe sich aus der aktuellen Verwaltungsrichtlinie des Bundesministeriums für Familie, Frauen, Senioren und Jugend. Danach seien allein die Einnahmen und Ausgaben entscheidend und nicht der Zeitpunkt der Arbeitsleistung. Das sozialgerichtliche Urteil lasse die Regelung des Zuflussprinzips völlig außer Acht.

Nach Sinn und Zweck solle das Elterngeld zudem lediglich fehlende Einnahmen während des Elterngeldbezuges ausgleichen. Erziele der Elterngeldberechtigte dagegen im Bezugszeitraum Einnahmen, sei die Elterngeldzahlung in voller Höhe nicht mehr erforderlich, um die Anreizwirkung des Elterngeldes zu erreichen. Sozialleistungen seien nur bei Bedarf zu zahlen, an dem es hier angesichts des Zuflusses von rund 11.000,00 EUR fehle.

Der Beklagte beantragt,

---

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 21.01.2010 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

Die vom Beklagten verlangte Anwendung des strengen Zuflussprinzips würde den finanziellen Anreiz für selbstständig Tätige bei kurzen Bezugszeiträumen wie in seinem Fall regelmäßig entfallen lassen. Der Schutzzweck des Elterngeldes gebiete dagegen zwingend eine Gesetzesauslegung, die darauf abstelle, dass das Fehlen von Einkünften in den Bezugsmonaten verursacht werde. Das Elterngeld sei keine bedarfsabhängige Sozialleistung, sondern eine familienpolitische Subvention mit verhaltenssteuernder Zielsetzung. Den damit bezweckten Anreiz insbesondere für Väter, ihre Berufstätigkeit zu unterbrechen, könne sie bei der vom Beklagten verlangten Auslegung nicht entfalten. Zudem müsse erst recht für selbstständig Tätige gelten, was auch für abhängig Beschäftigte gelte.

Jedenfalls stünden dem Kläger die ursprünglich gewährten Leistungen im Wege des Herstellungsanspruchs zu, weil ihn der Beklagte auf die Geltung des Zuflussprinzips im Rahmen der Antragstellung und Bewilligung nicht hingewiesen habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf den beigezogenen Verwaltungsvorgang des Beklagten und auf die Gerichtsakte, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Der Bescheid des Beklagten vom 08.01.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12.06.2009 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten, [§ 54 Abs. 2 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG). Über mehr hatte der Senat nicht zu entscheiden.

Streitgegenstand der Berufung ist alleine der endgültige Bescheid des Beklagten vom 08.01.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12.06.2009 und insoweit die Frage, ob das Sozialgericht den – von ihm irrtümlich als "Änderungsbescheid" bezeichneten – Bescheid zu Recht aufgehoben hat (Anfechtungsklage). Das ursprünglich mit der ersten Klageschrift beim Sozialgericht anhängig gemachte Begehren des Klägers auf Gewährung von 1800 EUR Elterngeld hat er bereits erstinstanzlich nicht weiterverfolgt, sondern sich auf die Anfechtung der genannten Bescheide beschränkt.

Rechtsgrundlage für die endgültige Festsetzung des Elterngeldes auf 300 EUR im angefochtenen Bescheid vom 08.01.2009 bilden die Vorschriften der [§§ 1 ff. BEEG](#). Zugrundelegen ist die bis zum 31.12.2010 geltende Fassung. Die mit Wirkung zum 01.01.2011 in Kraft getretenen Änderungen des BEEG durch das Haushaltsbegleitgesetz 2011 (BGBl 2010, Teil I, Nr. 63, S. 1885) sind für den vorliegenden Rechtsstreit unbeachtlich. Denn begehrt der Kläger, wie hier, im Wege

---

der reinen Anfechtungsklage lediglich die Aufhebung eines belastenden Verwaltungsakts, so ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage der Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides (Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, 9. Auflage 2008, SGG, § 54 Rn. 32a m.w.Nw.), also im Fall des Klägers der 12.6.2009.

Nach [§ 8 Abs. 3 BEEG](#) hatte das zunächst zuständige Versorgungsamt L das Elterngeld des Klägers mit Bescheid vom 03.09.2007 zulässigerweise zunächst vorläufig festgesetzt, weil im Zeitpunkt der Festsetzung noch nicht feststand, ob der Kläger im Bezugszeitraum des Elterngelds Einkommen erzielen würde. Allerdings ist der Beklagte bei der endgültigen Festsetzung des Elterngelds zu Unrecht davon ausgegangen, dass dem Kläger für die beiden in Anspruch genommenen Monate lediglich 300,00 EUR Mindestelterngeld zustehen und er den überzahlten Betrag deshalb zurückerstatten muss.

Der Kläger war für den sechsten und zwölften Lebensmonat seines Sohnes F dem Grunde nach zum Bezug von Elterngeld berechtigt. Wie es [§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BEEG](#) voraussetzen, hatte der Kläger seinen Wohnsitz in Deutschland und lebte mit seinem Sohn F in einem Haushalt. Wie der Kläger dem Senat in der mündlichen Verhandlung nochmals glaubhaft bestätigt hat, betreute und erzog er seinen Sohn in dieser Zeit wegen der schweren Erkrankung seiner Lebensgefährtin selbst und übte keine Erwerbstätigkeit aus, [§ 1 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 BEEG](#).

Der Kläger hat auch der Höhe nach einen Anspruch auf Elterngeld für die streitbefangenen Monate von jedenfalls mehr als 300 Euro monatlich. Die Absenkung des Elterngeldbetrags durch den Beklagten im angefochtenen Bescheid auf den gesetzlichen Mindestbetrag des [§ 2 Abs. 5 S. 1 BEEG](#) ist daher ebenso rechtswidrig wie die darauf gestützte Rückforderung.

Nach [§ 2 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) in der hier maßgeblichen Fassung wird Elterngeld i.H.v. 67% des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1.800,00 EUR monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechtigte Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. Erzielt der Berechtigte dagegen Einkommen im Bezugszeitraum, richtet sich die Höhe des Elterngeldes nach [§ 2 Abs. 3 S. 1 BEEG](#) und ergibt sich aus dem Unterschiedsbetrag zwischen dem im Bemessungszeitraum vor und des im Bezugszeitraum nach der Geburt erzielten Einkommens.

Danach war für die Berechnung des Elterngelds des Klägers [§ 2 Abs. 1 S. 1 BEEG](#) und nicht Abs. 3 S. 1 der Vorschrift zu Grunde zu legen. Der Kläger hat in den Bezugsmonaten des Elterngelds kein zu berücksichtigendes Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt, obwohl in diesem Zeitraum Zahlungen von 7.044,00 EUR bzw. von 2.975,00 EUR auf seinem Konto eingegangen sind. Denn diese Beträge wurden ausdrücklich für Aufträge gezahlt, die der Kläger im Zeitraum vor dem Elterngeldbezug abgeschlossen und abgerechnet hatte. Anders als der Beklagte meint, genügen allein tatsächliche Einnahmen im Bezugszeitraum für vorher erbrachte Leistungen nicht, um das Tatbestandsmerkmal des Erzielens von

---

Einkommen im Bezugszeitraum nach [§ 2 Abs. 3 S. 1 BEEG](#) zu erfüllen, wenn der Elterngeldberechtigte im Bezugszeitraum keine Erwerbstätigkeit ausübt (für abhängig Beschäftigte bereits Senat, Urt. v. 26.11.2010 – [L 13 EG 29/10](#) Juris Rn. 26 ff.). Dies folgt aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschriften.

Die Vorschrift des [§ 2 Abs. 3 S. 1 BEEG](#) betrifft nach ihrem Wortlaut Monate nach der Geburt mit Elterngeldbezug, in denen die berechtigte Person ein Einkommen "aus Erwerbstätigkeit" erzielt. Dieser Wortlaut lässt sich unterschiedlich verstehen: Einerseits so, dass es genügt, wenn ein Elterngeldberechtigter in den Monaten nach der Geburt mit Elterngeldbezug Einnahmen erhält, mag die Erwerbstätigkeit auch bereits vorher ausgeübt worden sein. Andererseits kann [§ 2 Abs. 3 S. 1 BEEG](#) mit seiner Erwähnung einer Erwerbstätigkeit im Zusammenhang mit dem Ausdruck "Monate nach der Geburt" auch aufgefasst werden als Beschränkung auf die Erzielung von Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit, die nach der Geburt im Bezugszeitraum ausgeübt wird.

Für die letztgenannte Lesart spricht die systematische Betrachtung: [§ 2 Abs. 3 S. 1 BEEG](#) ordnet zum Zweck der Elterngeldberechnung die Bildung der Differenz zwischen dem in Monaten nach der Geburt durchschnittlich erzielttem Einkommen aus Erwerbstätigkeit und dem nach [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) berücksichtigten durchschnittlich erzieltem Einkommen aus "Erwerbstätigkeit vor der Geburt" an. Dieser Gegenüberstellung entnimmt der Senat in systematischer Auslegung, dass [§ 2 Abs. 3 S. 1 BEEG](#) mit nach der Geburt erzielttem Einkommen spiegelbildlich zur Formulierung "aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt" (im Bemessungszeitraum) nur Einkommen aus Erwerbstätigkeit nach der Geburt im Bezugszeitraum des Elterngelds meint. Entscheidend ist mithin, ob das Einkommen im Bezugszeitraum erarbeitet wurde. Mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Begriff des "Erzielens" im BEEG – wie in anderen Bereichen des Sozialrechts – im Sinne der sog. "modifizierten Zuflusstheorie" verwendet hat. Das Entgelt abhängig Beschäftigter ist danach in dem Monat erzielt worden, für den es gezahlt wurde, selbst wenn es erst nachträglich in Erfüllung des Arbeitsvertrags ausgezahlt wird (BSG, Urteil vom 30.09.2010 – [B 10 EG 12/09 R](#), Juris, Rn. 26 ff.).

Nach Ansicht des Senats muss diese Rechtsprechung des BSG jedenfalls auf selbstständig Tätige wie den Kläger, bei dem sich das erwirtschaftete Einkommen eindeutig festen Zeiträumen zuordnen lässt, übertragen werden. Schon begrifflich lässt sich nicht begründen, warum der Begriff des "Erzielens" im BEEG in § 2 Abs. 1 S. 1 sowie Abs. 3 S. 1 unterschiedlich auszulegen sein soll, je nachdem, ob es sich um einen abhängig Beschäftigten oder einen selbstständig tätigen Elterngeldberechtigten handelt. Das widerspräche der Einheit der Rechtsordnung (so im Ergebnis auch SG Freiburg, Urteil vom 23.02.2010 – [S 9 EG 3918/09](#), Juris, Rn. 14).

Demgegenüber hält es der Senat nicht für entscheidend, dass die Einkommensberechnung bei Selbstständigen auf der Grundlage anderer Vorschriften erfolgt als bei abhängig Beschäftigten, nämlich ausgehend von dem –

---

nach [§ 2 Abs. 8 Satz 1](#) und 2 oder nach [§ 9 Abs. 1 BEEG](#) ermittelten – Gewinn, vermindert um die darauf anzusetzenden Steuern und ggf. zu zahlende Sozialversicherungsbeiträge. Der Beklagte weist zwar zu Recht darauf hin, dass Grundlage der Einkommensermittlung bei Selbstständigen nach [§ 2 Abs. 8 Satz 2 BEEG](#) grundsätzlich der Gewinn ist, wie er sich aus einer mindestens den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 EStG](#) entsprechenden Berechnung ergibt. Daraus lässt sich allerdings nicht auf die allgemeine Geltung des steuerrechtlichen Zuflussprinzips für Selbstständige im Elterngeldrecht schließen. Zwar gilt im Steuerrecht für den Begriff der Einnahmen, den [§ 4 EStG](#) verwendet, [§ 11 EStG](#). Danach sind Einnahmen innerhalb des Kalenderjahres "bezogen", in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind. Dagegen fehlt eine ausdrückliche Verweisung des BEEG auf diese Vorschrift (vgl. BSG, Urteil vom 30.09.2010 – [B 10 EG 19/09 R](#), Juris Rn. 27). Zudem regelt [§ 11 EStG](#) lediglich die Frage, in welchem Veranlagungsjahr Einnahmen als bezogen gelten. Über die Verteilung von Einkommen auf einzelne Bezugsmonate des Elterngelds, auf die es im Elterngeldrecht ankommt, sagt die Vorschrift nichts aus. [§ 2 Abs. 9 Satz 1 BEEG](#) nimmt zudem unmittelbar überhaupt keinen Bezug auf [§ 11 EStG](#).

Sinn und Zweck des [§ 2 Abs. 3 S. 1 BEEG](#) stützen die Auslegung, wie sie der Wortlaut in der geschilderten Interpretation des BSG ergibt. Das Argument des BSG, nur das modifizierte Zuflussprinzip helfe Zufallsergebnisse zu vermeiden, trifft ebenfalls auf den Fall des Klägers und vergleichbarer selbstständig tätiger Elterngeldberechtigter zu. Es hängt häufig allein von Zufällen ab, wann ein Auftraggeber für eine in einem bestimmten Monat erbrachte Leistung zahlt. So ist etwa eine weitere Zahlung für vor dem Bezug des Elterngelds ausgeführte Aufträge des Klägers im April nur wenige Tage nach Ende des Bezugszeitraumes auf seinem Konto eingegangen. Das Sozialgericht München hat insoweit überzeugend argumentiert, dass nicht alle selbstständig Tätigen Zahlungszuflüsse zuverlässig steuern können und deswegen die Inanspruchnahme von kürzeren Zeiträumen des Elterngeldbezugs mit mehr als dem Mindestelterngeld für sie praktisch kaum zuverlässig möglich wäre (SG München, Urteil vom 15.01.2009 – [S 30 EG 37/08](#), Juris Rn. 5). Es erschiene dem Senat unter dem Gesichtspunkt von [Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz \(GG\)](#) bedenklich, die Höhe des Elterngelds von der Möglichkeit der Ausgestaltung der Zahlungsflüsse in verschiedenen selbstständigen Tätigkeiten abhängig zu machen.

Folgte man der Auslegung des Beklagten, so öffnete dies zudem einer leicht manipulierbaren Gestaltungsmöglichkeit der Elterngeldberechtigten Tür und Tor, die dem Sinn und Zweck des Elterngeldes gerade zuwider liefe. Das Elterngeld soll als verhaltenslenkende familienpolitische Subvention Anreize dafür schaffen, dass beide Elternteile zumindest für eine Zeit auf die Erwerbstätigkeit verzichten können, um sich der Betreuung und Erziehung ihres Kindes zu widmen (vgl. BEEG-E, [BT-Drs. 16/1889, S. 14](#)). Die Anwendung des vom Beklagten für richtig gehaltenen Zuflussprinzips brächte dagegen die Gefahr mit sich, dass selbstständig tätige Elterngeldberechtigte während des Elterngeldbezugs im vom Gesetz erlaubten Rahmen von 30 Wochenstunden nach [§ 2 Abs. 6 BEEG](#) oder – ohne wirksame Kontrollmöglichkeit der Elterngeldbehörden – sogar darüber hinaus erwerbstätig bleiben. Durch Abrede mit dem Auftraggeber könnten sie dabei den Zufluss ihrer

---

Einnahmen aus dieser Tätigkeit gezielt auf die Monate nach Ablauf des Elterngeldbezuges verschieben. Eine solche Praxis liefe dem Zweck des Elterngeldes, Anreize für die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit zu schaffen, gerade zuwider. Wie dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist, wird diese Gestaltung von einer bestimmten Gruppe selbstständig tätiger Elterngeldberechtigten inzwischen zunehmend gewählt.

Der Beklagte geht schließlich fehl in der Annahme, angesichts des hohen Zuflusses an geschuldeten Leistungen aus den ausstehenden Rechnungen von mehr als 11.000,00 EUR in den Bezugsmonaten des Elterngelds habe kein "Bedarf" des Klägers mehr bestanden. Das Elterngeld ist keine bedarfsabhängige Sozialleistung, sondern, wie ausgeführt, eine familienpolitische Subvention mit verhaltenssteuernder Zielrichtung. Der Kläger hat überzeugend ausgeführt, dass ihm durch die Unterbrechung seiner Erwerbstätigkeit während der Betreuung seines Sohnes F im Nachhinein erhebliche Einkommensausfälle entstanden sind. Gerade diese zumindest zum Teil auszugleichen ist erklärtes familienpolitisches Ziel des Elterngeldes. Denn Eltern sollen durch die Betreuung des Kindes gerade keine allzu großen Einkommenseinbußen befürchten müssen (vgl. Bericht der Bundesregierung vom 30.10.2008 über die Auswirkungen des BEEG, [Bundestagsdrucksache 16/10770, S. 5](#) f.).

Der Senat sieht sich in seiner Auffassung durch die inzwischen in Kraft getretenen Neuregelung des [§ 2 Abs. 7 Satz 2 BEEG](#) in der Fassung des Haushaltsbegleitgesetzes 2011 (BGBl 2010, Teil I, Nr. 63, S. 1885) bestärkt. Darin hat der Gesetzgeber – unter Bezugnahme auf die zitierte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum modifizierten Zuflussprinzip in den Gesetzgebungsmaterialien (vgl. Dau, Die Sozialgerichtsbarkeit 2011, 198, 201 m.w.N.) – angeordnet, im Lohnsteuerabzugsverfahren als sonstige Bezüge behandelte Einnahmen nicht zu berücksichtigen. Allerdings hat der Gesetzgeber mit dieser Regelung in Kenntnis der Diskussion um das Zuflussprinzip im Elterngeldrecht gerade davon abgesehen, dieses Prinzip im Elterngeld ausdrücklich und ausnahmslos zu verankern. Dafür hätte es einer Regelung bedurft, die auf den Zufluss genau im Bemessungs- bzw. Bezugszeitraum und nicht im Kalenderjahr abstellt. In Bezug auf selbstständig Tätige hat der Gesetzgeber zudem gar keine neue Regelung getroffen, so dass es auch nach der gesetzlichen Neuregelung ohnehin bei dem hier zu Grunde zu legenden Rechtszustand bleibt.

Der Beklagte durfte somit die dem Kläger in den Bezugsmonaten zugeflossenen Einnahmen nicht als Einkommen i.S.d. [§ 2 Abs. 3 S. 1 BEEG](#) berücksichtigen, weil es nach dem modifizierten Zuflussprinzip außerhalb der Bezugsmonate erzielt worden ist. Vielmehr hätte der Beklagte das Elterngeld, wie im vorläufigen Bescheid vom 03.09.2007, nach [§ 2 Abs. 1 S. 1 BEEG](#) errechnen müssen. Daher war die endgültige Festsetzung des Elterngelds des Klägers auf der Grundlage von [§ 2 Abs. 3 S. 1 BEEG](#) im angefochtenen Bescheid vom 08.01.2009 schon aus diesem Grund rechtswidrig. Der Senat lässt dahinstehen, ob der Bescheid insgesamt, d.h. auch hinsichtlich der endgültigen Festsetzung des dem Kläger zustehenden Elterngelds auf 300 EUR, rechtswidrig war, weil der Kläger keine (Anschluss-)Berufung eingelegt hat.

---

Damit wird der Beklagte den Elterngeldanspruch des Klägers endgültig neu festzusetzen haben. In welcher Höhe genau dem Kläger Elterngeld zusteht, hat der Senat nicht zu entscheiden, weil der Streitgegenstand des Verfahrens ausschließlich auf die Anfechtung der endgültigen Elterngeldfestsetzung beschränkt ist.

Wegen der Aufhebung der Neufestsetzung kann auch die auf die fehlerhafte Neufestsetzung gestützte Rückforderung nach [§ 50 Abs. 1 S. 1 SGB X](#) keinen Bestand haben.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus [§ 193 SGG](#). Sie folgt der Entscheidung in der Hauptsache.

Der Senat hat die Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen, weil er der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zumisst. Vergleichbare Fragen stellen sich in einer Reihe von Parallelfällen.

Erstellt am: 13.08.2012

Zuletzt verändert am: 13.08.2012