

---

## S 2 EG 5/12

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung	13
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 2 EG 5/12
Datum	23.09.2013

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 13 EG 28/13
Datum	14.03.2014

#### 3. Instanz

Datum	07.10.2014
-------	------------

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 23.09.2013 wird zurückgewiesen. Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darum, ob bei der Berechnung des Elterngeldes für den Zeitraum 09.10.2011 bis 08.08.2012 Beiträge zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung einkommensmindernd zu berücksichtigen sind.

Die am 00.00.1976 geborene Klägerin ist von der Rentenversicherungspflicht befreit und Mitglied im Versorgungswerk der Rechtsanwälte. Seit Anfang 2011 ist sie privat krankenversichert. Ab dem 16.02.2004 arbeitete sie in Vollzeit bei der M Versicherung in N und wurde außertariflich entlohnt. Der Arbeitgeber zahlte ihr Zuschüsse zur Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung. Am 09.08.2011 wurde ihr Sohn Q geboren. Vom 19.06.2011 bis zum 04.10.2011 befand sie sich im Mutterschutz.

---

Am 22.08.2011 beantragte die Klägerin Elterngeld, wobei sie angab, nach der Geburt kein Einkommen zu haben. Die Beklagte gewährte ihr mit Bescheid vom 20.09.2011 Elterngeld für den Zeitraum 09.10.2011 bis 08.08.2012 in Höhe von 1.800 EUR für den dritten bis zwölften Lebensmonat des Kindes.

Vom 01.11.2011 befristet bis zum 31.01.2012 arbeitete sie in Teilzeit in einem Umfang von 10 Wochenstunden, vom 01.02.2012 befristet bis zum 30.09.2012 in einem Umfang von 20 Wochenstunden. Das Gehalt wurde jeweils zum Monatsende ausgezahlt.

Nach Bekanntwerden der Arbeitsaufnahme zum 01.11.2011 hob die Beklagte ihren Bescheid vom 20.09.2011 mit Bescheid vom 11.11.2011 teilweise auf und gewährte nunmehr nur noch vorläufig Elterngeld und zwar in Höhe von 1.128,41 EUR für den dritten bis sechsten Monat und in Höhe von 1.800 EUR für den siebten bis zwölften Monat. Es sei eine Überzahlung in Höhe von 671,59 EUR eingetreten, deren Erstattung verlangt werde, wobei der Erstattungsbetrag ab dem vierten Lebensmonat einbehalten werde. Bei der Berechnung des Einkommens berücksichtigte die Beklagte die Arbeitgeberzuschüsse zum Versorgungswerk sowie zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung als Einkommen. Nach Bekanntwerden der weiteren Beschäftigung ab dem 01.02.2012 hob die Beklagte den Bescheid vom 11.11.2011 mit weiterem Bescheid vom 22.02.2012 teilweise auf und gewährte nunmehr für den dritten bis zwölften Lebensmonat vorläufig 458,28 EUR monatlich. Es sei eine Überzahlung von 3.887,24 EUR eingetreten, deren Erstattung verlangt werde, wobei der Erstattungsbetrag ab dem achten Lebensmonat aufgerechnet werde.

Am 29.12.2012 legte die Klägerin Widerspruch ein und machte geltend, die von ihr gezahlten Beiträge zum Versorgungswerk sowie zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung seien nicht als Einkommen zu berücksichtigen. Die Beklagte half dem Widerspruch mit Bescheid vom 19.05.2012 teilweise insofern ab, als sie die Beiträge der Klägerin zum Versorgungswerk im Bezugszeitraum nicht als Einkommen berücksichtigte und der Klägerin für den dritten bis zwölften Lebensmonat vorläufig 522,07 EUR monatlich gewährte. Eine Nichtberücksichtigung im Bemessungszeitraum ändere nichts am Bemessungsentgelt. Es sei eine Überzahlung von 1.578,18 EUR eingetreten, deren Erstattung verlangt werde. Eine weitergehende Abhilfe sei nicht möglich. Das Elterngeld für den zehnten bis zwölften Lebensmonat werde einbehalten. Die Bezirksregierung Münster wies den Widerspruch im Übrigen mit Bescheid vom 26.07.2012 zurück. Nur Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung könnten abgesetzt werden.

Die Klägerin hat am 01.08.2012 beim Sozialgericht Münster Klage erhoben.

Sie hat vorgetragen, aus [§ 193 Abs. 3](#) Versicherungsvertragsgesetz (VVG) ergebe sich, dass die private Krankenversicherung einer Pflichtversicherung entspreche. Beide seien auch in [§ 10 Abs. 2](#) Einkommensteuergesetz (EStG) gleichgestellt. Es liege ein Verstoß gegen [Art. 3 Grundgesetz \(GG\)](#) vor. Die privaten Krankenversicherungsbeiträge seien zumindest in Höhe des fiktiven Beitrags zur gesetzlichen Krankenversicherung abzusetzen.

---

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid vom 22.02.2012, dieser in der Fassung des Bescheides vom 19.05.2012, diese in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.07.2012 zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, bei der Berechnung des Elterngeldes die durch die Klägerin geleisteten Beiträge an die private Kranken- und die private Pflegeversicherung vollumfänglich zu berücksichtigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, nach der nunmehr anzuwendenden Neufassung des Gesetzes komme es maßgeblich auf die Gehaltsbescheinigungen an. Diese wiesen keine Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung aus.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 23.09.2013 abgewiesen. Es könnten nur Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung abgesetzt werden. Voraussetzung der Abzugsfähigkeit sei eine Verknüpfung der Beitragsleistung mit der Erwerbstätigkeit. Diese sei bei der privaten Krankenversicherung nicht gegeben. Insofern werde auf die Gesetzesbegründung und die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 05.04.2012 – [B 10 EG 6/11 R](#); Urteil vom 29.08.2012 – [B 10 EG 15/11 R](#)) Bezug genommen. Die Klägerin sei bereits insofern bevorteilt worden, als die Beklagte unzutreffenderweise die Beiträge zum Versorgungswerk abgesetzt habe. Auch insofern werde auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts Bezug genommen (Urteil vom 29.08.2012 – [B 10 EG 15/11 R](#)).

Die Klägerin hat gegen das ihrem Bevollmächtigten am 30.09.2013 zugestellte Urteil am 07.10.2013 Berufung eingelegt.

Sie trägt vor, die vom Sozialgericht angeführte Rechtsprechung beziehe sich nur auf eine freiwillige Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung. Eine Abzugsfähigkeit der Beiträge ergebe sich aus dem Grundgedanken des Gesetzes, den durch die Elternzeit eintretenden Einkommensverlust auszugleichen. Der Beitrag in der privaten Krankenversicherung verringere sich auch nicht bei niedrigerem Einkommen, sondern bleibe konstant. Gerade bei überdurchschnittlichem Einkommen und Ausübung einer Teilzeittätigkeit während des Bezugszeitraumes entstehe eine Benachteiligung.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 23.09.2013 zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 19.05.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Münster vom 26.07.2012 insoweit aufzuheben, als dadurch die vorläufige Festsetzung durch den Bescheid vom 11.11.2011 ohne zusätzliche Berücksichtigung der Beiträge zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung geändert worden ist und ein entsprechend weitergehender Erstattungsbetrag verlangt wird.

---

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie trägt ergänzend vor, der Verweis auf das EStG begründe keine Pflicht zur Gleichstellung. Einer Ungleichbehandlung stehe der weite Ermessensspielraum des Gesetzgebers entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die beigezogene Verwaltungsakte des Beklagten Bezug genommen, deren wesentlicher Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Die Berufung ist insbesondere statthaft. Der Wert der Beschwer übersteigt 750 EUR ([§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG). Die alleinig begehrte einkommensmindernde Berücksichtigung der Beiträge zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung führte ausweislich der Berechnung der Beklagten vom 11.03.2014 zu einem Nachzahlungsanspruch von 1.696,12 EUR.

Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, da diese zwar zulässig, aber unbegründet ist.

Richtiger Klagegegner ist die örtlich zuständige Stadt N, § 12 Abs. 1 Satz 1 Bundeselterngeldgesetz (BEEG) i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz und nach dem Bundeskindergeldgesetz. Zuständig für die Erteilung des Widerspruchsbescheides war die Bezirksregierung Münster nach [§ 85 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz und nach dem Bundeskindergeldgesetz.

Statthafte Klageart ist hier allein die Anfechtungsklage, weil die Klägerin durch die (teilweise) Anfechtung des Bescheides vom 19.5.2012 ihr Ziel des Abzugs ihrer Beiträge zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung vom Elterngeld mindernden Einkommen im Bezugszeitraum erreichen kann. Unabhängig von der Frage, ob der Änderungsbescheid vom 22.2.2012 infolge des Abhilfebescheides vom 19.5.2012 noch eine Regelungswirkung entfalten kann, ist jedenfalls die Festsetzung des monatlichen Zahlbetrags im Bescheid vom 22.2.2012 vollständig durch diejenige im Bescheid vom 19.5.2012 ersetzt worden, so dass im Umfang dessen Aufhebung wieder die höhere Leistungsbewilligung durch den Bescheid vom 11.11.2011 in Kraft träte.

Die Klägerin ist durch den angefochtenen Bescheid nicht im Sinne von [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) beschwert, da dieser – soweit angefochten – rechtmäßig ist. Die Klägerin

---

hat keinen Anspruch auf teilweise Aufhebung des Bescheides vom 19.05.2012.

Rechtsgrundlage der (teilweisen) Aufhebung des Bescheides vom 11.11.2011 ist [§ 48 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz \(SGB X\)](#). Zwar hat die Beklagte mit dem Bescheid vom 19.5.2012 ausdrücklich keine Aufhebungsentscheidung getroffen, durch die Bezugnahme auf den Bescheid vom 22.2.2012, der die (teilweise) Aufhebung des Bescheides vom 11.11.2012 verfügt hat, ist aber auch von einer Aufhebungsentscheidung durch den Bescheid vom 19.5.2012 und nicht von einer bloßen vorläufigen Neufestsetzung des Elterngeld auszugehen. Im Ergebnis ist diese Unterscheidung letztlich allerdings ohne Bedeutung, weil die Voraussetzungen des [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB X](#) erfüllt sind (zur Frage, ob auch die Änderung einer vorläufigen Bewilligung nur unter den Voraussetzungen von [§§ 44 ff. SGB X](#) möglich ist vgl. Kallert, in: Gagel, SGB II/III, Stand: März 2013, [§ 328 SGB III](#) Rn 73).

Nach [§ 48 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 SGB X](#) ist, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt, der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben. Der Verwaltungsakt soll mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufgehoben werden, soweit nach Antragstellung oder Erlass des Verwaltungsaktes Einkommen oder Vermögen erzielt worden ist, das zum Wegfall oder zur Minderung des Anspruchs geführt haben würde.

Der Bescheid vom 11.11.2011 ist durch die Erhöhung des im Bezugszeitraum erzielten Einkommens ab Februar 2012 im Hinblick auf die Leistungshöhe im dritten bis zwölften Bezugsmonat nachträglich rechtswidrig geworden.

Rechtsgrundlage für die angefochtene vorläufige Gewährung von Elterngeld ist [§ 8 Abs. 3 Satz 1 BEEG](#). Danach wird, wenn das Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt nicht ermittelt werden oder die berechtigte Person nach den Angaben im Antrag auf Elterngeld im Bezugszeitraum voraussichtlich Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat, Elterngeld bis zum Nachweis des tatsächlich zu berücksichtigenden Einkommens aus Erwerbstätigkeit vorläufig unter Berücksichtigung des glaubhaft gemachten Einkommens aus Erwerbstätigkeit gezahlt. Unabhängig davon, ob die Befugnis nach [§ 8 Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. BEEG](#) auch dann gilt, wenn das Erzielen von Einkommen im Bezugszeitraum – wie hier – nachträglich bekannt wird, erfolgte die vorläufige Bewilligung durch den bindenden Bescheid vom 11.11.2011. Mit diesem Bescheid hat die Beklagte nach erstmaligem Bekanntwerden von Einkommen im Bezugszeitraum ihre zunächst endgültige Bewilligung vom 20.09.2011 aufgehoben. Diese Aufhebungsentscheidung wurde von der Klägerin nicht angefochten. Sie hat insofern weiter Gültigkeit, was sich auch aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf den Bescheid vom 11.11.2011 im Bescheid vom 22.02.2012 ergibt.

Das Elterngeld wird im Hinblick auf den dritten bis zwölften Bezugsmonat im Bescheid vom 22.02.2012 in zutreffender Höhe und in dem diesen ersetzenden Bescheid vom 19.05.2012 jedenfalls nicht zum Nachteil der Klägerin in

---

rechtswidriger Höhe berechnet. Maßgeblich für die Höhe des Elterngeldes ist [§ 2 BEEG](#) in der bis zum 16.09.2012 gültigen Fassung. [§ 27 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) sieht ausdrücklich vor, dass für die vor dem 01.01.2013 geborenen Kinder Elterngeld unter Anwendung der Vorschriften des Ersten Abschnitts dieses Gesetzes in der bis zum 16.09.2012 geltenden Fassung gezahlt wird.

Bei der Berechnung des Elterngeldes der Klägerin ist als vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzieltetes monatliches Einkommen aus Erwerbstätigkeit gemäß [§ 2 Abs. 3 Satz 2 BEEG](#) der Höchstbetrag von 2.700,00 EUR anzusetzen. Die durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkünfte im dritten bis zwölften Bezugsmonat betragen gemäß [§ 2 Abs. 3 Satz 1 BEEG](#) i.V.m. [§ 2 Abs. 7 BEEG](#) 1.953,41 EUR. Elterngeld ist demnach für den dritten bis zwölften Lebensmonat gemäß [§ 2 Abs. 3 Satz 1 BEEG](#) i.V.m. [§ 2 Abs. 2 Satz 2 BEEG](#) in Höhe von 65% des Differenzbetrages, also 485,28 EUR zu zahlen.

Die Beiträge zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung sind bei der Berechnung der durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkünfte nach der Geburt des Kindes nach [§ 2 Abs. 7 BEEG](#) nicht einkommensmindernd zu berücksichtigen.

Gemäß [§ 2 Abs. 7 Satz 1 BEEG](#) ist als Einkommen aus nichtselbständiger Arbeit der um die auf dieses Einkommen entfallenden Steuern und die aufgrund dieser Erwerbstätigkeit geleisteten Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung in Höhe des gesetzlichen Anteils der beschäftigten Person zu berücksichtigen. Die Beiträge zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung sind keine aufgrund der ausgeübten Erwerbstätigkeit geleisteten Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung. Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung (vgl. [BT-Drs. 16/1889, S. 22](#)) und der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts.

Das Bundessozialgericht hat mit Urteil vom 05.04.2012 ([B 10 EG 6/11 R](#), juris) entschieden, dass (auch) Beiträge zur freiwilligen Krankenversicherung nicht erfasst sind. Der Wortlaut der Vorschrift ("aufgrund dieser Erwerbstätigkeit geleisteten Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung") verlange eine Verknüpfung zwischen Beitragsleistung und Erwerbstätigkeit: Die Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung müssten unmittelbar aufgrund dieser – also der vor bzw. nach der Geburt des Kindes ausgeübten – Erwerbstätigkeit geleistet werden (BSG, a.a.O., Rn 26). Das sei bei der freiwillig gesetzlichen Krankenversicherung nicht der Fall. Eine Verfassungswidrigkeit liege nicht vor (BSG, a.a.O., Rn 29 m.w.N.; so auch Röhl, in: jurisPR-SozR 1/2013, Anm. 4). Das Bundessozialgericht hat diese Rechtsprechung in seinem Urteil zu Beiträgen zu Versorgungswerken bestätigt (vgl. BSG, Urteil vom 29.08.2012 – [B 10 EG 15/11 R](#), juris Rn 27 ff).

Der Senat schließt sich dieser ausdrücklich nur zum Fall einer freiwilligen gesetzlichen Krankenversicherung ergangenen Rechtsprechung nach eigener Prüfung an und überträgt sie auf den vorliegenden Fall einer privaten Krankenversicherung. Denn auch bei der privaten Krankenversicherung fehlt die vom Gesetzgeber geforderte Verknüpfung zwischen Beitragsleistung und Erwerbstätigkeit. Die Versicherungspflicht nach [§ 193 Abs. 3](#) Versicherungsvertragsgesetz (VVG) knüpft nicht an eine (selbstständige)

---

Erwerbstätigkeit, sondern allein an den Inlandswohnsitz an. Das Bundessozialgericht führt in seinem Urteil vom 05.04.2012 ([B 10 EG 6/11 R](#), juris Rn 30) dazu aus, dass die freiwillig gesetzliche und die private Krankenversicherung insofern gleich zu behandeln seien: "Auch die Gleichbehandlung von Beiträgen zur freiwilligen Krankenversicherung und zur privaten Krankenversicherung ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Zwar werden erstere nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des freiwilligen Mitglieds und letztere nach dem versicherten Risiko berechnet. Diesen Unterschied musste der Gesetzgeber jedoch nicht zum Anlass für eine differenzierte Regelung nehmen. Vielmehr durfte er die Abzugsfähigkeit von Beiträgen davon abhängig machen, dass diese unmittelbar aufgrund der betreffenden Erwerbstätigkeit geleistet werden. Diese Voraussetzung erfüllen beide Arten von Krankenversicherungsbeiträgen nicht."

Die von der Klägerin entgegen dieser Rechtsprechung behauptete verfassungswidrige Ungleichbehandlung liegt auch aus Sicht des Senats nicht vor. Eine etwaige Gleichsetzung der privaten Krankenversicherung und der gesetzlichen Pflichtversicherung im VVG oder EStG ist aufgrund des unterschiedlichen Regelungszusammenhangs schon grundsätzlich nicht geeignet, eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung zu begründen. Zwar führte der Abzug der streitigen Beiträge hier zu einem höheren Elterngeld. Insofern weist die Klägerin zutreffend darauf hin, dass bei einer entsprechenden Auslegung dem Gesetzeszweck (Ausgleich für Einkommenseinbußen, die mit der Entscheidung für das Kind, dessen Geburt und Betreuung einhergehen, vgl. etwa BSG, Urteil vom 18.08.2011 - [B 10 EG 8/10 R](#), juris Rn 45) in besonderem Maße entsprochen würde. Es gibt aber keinen Auslegungsgrundsatz, dass im Zweifel die Auslegung vorzunehmen ist, die zu einem höheren Leistungsanspruch führt. Erst recht ist nicht ersichtlich, inwiefern eine gegenteilige Auslegung zur Annahme einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung führen sollte. Das gilt umso mehr, als der fehlende Abzug von Beiträgen zur privaten Krankenversicherung sich im Bemessungszeitraum durchaus zugunsten des Elterngeldberechtigten auswirken kann. Dies ist bei der Klägerin nur deshalb nicht der Fall, weil ihr Bemessungseinkommen so hoch ist, dass ihr auch nach Abzug der Beiträge der Maximalbetrag nach [§ 2 Abs. 1 Satz 1 BEEG](#) zusteht und weil sie im Bezugszeitraum über anrechenbares Einkommen verfügt. Soweit sie die verfassungswidrige Ungleichbehandlung gerade hieran festmacht, wendet sie sich im Kern gegen die betragsmäßige Begrenzung des Elterngeldes, die bei höherem vorgeburtlichen Einkommen zu einer entsprechend geringeren Kompensation des Einkommensverlustes führt. Eine solche Begrenzung, bei der sich der Gesetzgeber mit der Beitragsbemessungsgrenze (vgl. [BT-Drs. 16/1889, S. 20](#)) an einem sachlichen Kriterium orientiert hat, verstößt jedoch nicht gegen das GG (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 09.11.2011 - [1 BvR 1853/11](#), juris Rn 16 f.).

Einem höheren Leistungsanspruch steht im Übrigen entgegen, dass die Beklagte bereits unzutreffender Weise die Beiträge zum Versorgungswerk einkommensmindernd berücksichtigt hat (vgl. BSG, Urteil vom 29.08.2012 - [B 10 EG 15/11 R](#), juris; das BSG stellt in dieser Entscheidung unter Rn 32 klar, dass die anderslautende Neufassung in [§ 2f BEEG](#) für die Auslegung der früheren Fassung nicht maßgeblich ist), was sich hier allein im Bezugszeitraum und damit zugunsten

---

der Klägerin ausgewirkt hat.

Die Leistungsgewährung mit Bescheid vom 11.11.2011 war vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufzuheben, da nach Erlass des Verwaltungsaktes Einkommen erzielt worden ist, das zur Minderung des Anspruchs geführt hat ([§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB X](#)). Da das Gehalt immer erst am Monatsende ausgezahlt wurde (vgl. zur Maßgeblichkeit des Zahlungszeitpunktes BSG, Urteil vom 21.02.2013 - [B 10 EG 12/12 R](#), juris Rn 40), gilt dies sowohl für die Aufnahme der Tätigkeit und Erzielung des damit verbundenen Einkommens im November 2011 als auch bezüglich der Erweiterung dieser Tätigkeit im Februar 2012.

Die Aufhebung konnte auch rückwirkend ab dem 09.10.2011 erfolgen. Dies war der "Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse". Gemäß [§ 48 Abs. 1 Satz 3 SGB X](#) gilt als Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse in Fällen, in denen Einkommen auf einen zurückliegenden Zeitraum auf Grund der besonderen Teile dieses Gesetzbuches anzurechnen ist, der Beginn des Anrechnungszeitraumes. Die rückwirkende Neuberechnung des Leistungsanspruches ergibt sich hier aus [§ 2 Abs. 3 Satz 1 BEEG](#). Danach wird für Monate nach der Geburt des Kindes, in denen die berechnete Person ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt, das durchschnittlich geringer ist als das nach Absatz 1 berücksichtigte durchschnittlich erzielte Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt, Elterngeld in Höhe des nach Absatz 1 oder 2 maßgeblichen Prozentsatzes des Unterschiedsbetrages dieser durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit gezahlt. Maßgeblich ist also eine im Fall einer zwischenzeitlichen Einkommensänderung zwangsläufig rückwirkende Durchschnittsbetrachtung des Einkommens.

Ein atypischer Fall, der eine Ermessensprüfung erforderlich gemacht hätte, lag nicht vor. Das Fehlen einer entsprechenden Prüfung im angefochtenen Bescheid macht diesen nicht rechtswidrig (vgl. BSG, Urteil vom 05.04.2012 - [B 10 EG 10/11 R](#), juris Rn 46).

Die Erstattungsforderung folgt aus [§ 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#), soweit man in dem Bescheid vom 19.5.2012 eine Aufhebungsentscheidung nach [§ 48 SGB X](#) sieht. Für den Fall einer vorläufigen Neufestsetzung durch diesen Bescheid richtet sich die Erstattung mangels eines ausreichenden Rückzahlungsvorbehalt im Sinne des [§ 42 SGB I](#) nach [§ 50 Abs. 2 SGB X](#) (vgl. BSG, Urteil vom 05.04.2012 - [B 10 EG 10/11 R](#), juris Rn 39 ff). Auch in diesem Fall ist die Klägerin erstattungspflichtig, weil die Voraussetzungen des insoweit analog zu prüfenden [§ 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X](#) vorliegen und die Entscheidung über die Erstattung nicht im Ermessen der Beklagten liegt.

Die im angefochtenen Bescheid erklärte Aufrechnung (vgl. zur Zulässigkeit der Verrechnung per Bescheid BSG, Urteil vom 07.02.2012 - [B 13 R 85/09 R](#), juris Rn 40 ff) ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Weder nach ihrem Vortrag noch nach ihren Anträgen vor dem Sozialgericht hat sich die Klägerin gegen die Aufrechnung gewandt. Das Sozialgericht hat folgerichtig hierüber auch keine Entscheidung getroffen. Dies hat die Klägerin weder im Wege der Urteilsergänzung ([§ 140 Abs. 1 SGG](#)) noch mit ihrer Berufung gerügt, so dass der Senat hierüber nicht

---

zu befinden hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Anlass, die Revision nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) zuzulassen, besteht angesichts der eindeutigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht.

Erstellt am: 10.11.2014

Zuletzt verändert am: 10.11.2014