

Gericht:	BSG 10. Senat	Normen:	§ 2 Abs 1 BEEG vom 10.09.2012, § 2 Abs 3 S 1 BEEG vom 10.09.2012, § 2 Abs 4 BEEG vom 10.09.2012, § 2d Abs 3 S 1 BEEG vom 10.09.2012, § 8 BEEG, § 4 Abs 1 EStG, § 4 Abs 3 EStG
Entscheidungsdatum:	26.03.2026		
Aktenzeichen:	B 10 EG 1/25 R		
ECLI:	ECLI:DE:BSG:2026:260326UB10EG125R0		
Dokumenttyp:	Urteil		

**Elterngeldrecht - selbstständige Erwerbstätigkeit -
Nachweis von Einkommen im Bezugszeitraum - Einkünfte aus Gewerbebetrieb - Gewinnermittlung bei bilanzierungspflichtigen Gesellschaften - Betriebsvermögensvergleich - Nichterweislichkeit von Einkommen**

Verfahrensgang

vorgehend SG Köln, 21. Februar 2022, Az: S 19 EG 2/20, Urteil
vorgehend Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, 22. November 2024, Az: L 13 EG 3/22, Urteil

Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 22. November 2024 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch für das Revisionsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand

- 1 Zwischen den Beteiligten ist die Höhe des endgültig festzusetzenden Elterngelds sowie eine damit in Zusammenhang stehende Erstattungsforderung streitig.
- 2 Der Kläger ist Vater eines am 21.12.2013 geborenen Kindes. Er lebt mit ihm gemeinsam in einem Haushalt in Deutschland. Für den 2. bis 11. Lebensmonat des Kindes macht er Ansprüche auf Elterngeld geltend.
- 3 Der Kläger war im maßgeblichen Zeitraum an mehreren Gesellschaften beteiligt. Unter anderem war er seit 2011 Gesellschafter der P Beteiligungs-GmbH (im Folgenden: Beteiligungs-GmbH) und deren einziger Geschäftsführer. Nach § 6 Abs 5 des Gesellschaftsvertrags wurden die Beschlüsse der Beteiligungs-GmbH mit einfacher Mehrheit gefasst. Die Beteiligungs-GmbH war Komplementärin der P Betriebs-KG (im Folgenden: Betriebs-KG). An der Beteiligungs-GmbH waren fünf Gesellschafter beteiligt, die auch die Kommanditisten der Betriebs-KG waren, der Kläger zu einem Viertel. Zur Geschäftsführung und Vertretung der Betriebs-KG war allein die Beteiligungs-GmbH berechtigt.

- 4 In einem auf den 30.12.2013 datierten, unter dem Adresskopf der Betriebs-KG ausgestellten Schriftstück mit dem Betreff "Gesellschafterbeschluss zum Elterngeld-/zeit von M" wurde bestimmt: "M wird ab dem 2. Lebensmonat seines Kindes A M (21. Januar 2014) bis zum 11. Lebensmonat seines Kindes (21. November 2014) in Elternzeit gehen. M wird dem Unternehmen als Geschäftsführer weiter zur Verfügung stehen und wird wöchentlich 4 Stunden arbeiten. Für seine Tätigkeit erhält er eine Tätigkeitsvergütung in Höhe von 500 Euro pro Monat."
- 5 Der Kläger war seit Ende Januar 2014 auch an der E UG (haftungsbeschränkt) beteiligt. Die Geschäfte der E UG führten andere Gesellschafter. Die E UG war Komplementärin und Geschäftsführerin der h UG (haftungsbeschränkt) & Co KG (im Folgenden: h KG). An der E UG waren jeweils vier Gesellschafter zu gleichen Teilen beteiligt, die auch die Kommanditisten der h KG waren.
- 6 Ausweislich des Einkommensteuerbescheids vom 29.3.2018 für das Jahr 2014 erzielte der Kläger Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 95 590 Euro (88 194 Euro aus der Beteiligung an der Betriebs-KG sowie 7396 Euro laut gesonderter Feststellung für die h KG). Zu Lasten der Betriebs-KG und zugunsten des Klägers waren in diesem Zeitraum ua folgende Buchungen erfolgt: Zum Konto "Geschäftsführergehälter" wurden am 25.2.2014, 1.4.2014, 23.4.2014, 10.6.2014, 30.6.2014, 8.9.2014 und 3.11.2014 jeweils 500 Euro (insgesamt 3500 Euro) und am 30.11.2014 weitere 500 Euro gebucht. Ferner wurden zum Konto "Vergütg. Angestellte Mituntern. § 15 EStG" der Betriebs-KG sieben Buchungen in Höhe von insgesamt 61 000 Euro vorgenommen, drei vor dem 21.1.2014, vier nach dem 20.11.2014. Aus der Beteiligungs-GmbH und der E UG erzielte der Kläger keine Einkünfte.
- 7 In seinem Antrag auf Elterngeld gab der Kläger an, er habe als Geschäftsführer bislang 40 Wochenstunden gearbeitet. Während seiner Elternzeit werde er sich auf Geschäftsführerentscheidungen und Controlling beschränken und wöchentlich nur noch vier Stunden arbeiten. Dafür erhalte er monatlich 500 Euro. Seinem Antrag fügte der Kläger den Jahresabschluss der Betriebs-KG für das Geschäftsjahr 2012, den Einkommensteuerbescheid für 2012 vom 20.7.2013 mit ausgewiesenen Einkünften aus Beteiligungen in Höhe von 80 000,01 Euro sowie den Gesellschafterbeschluss vom 30.12.2013 bei.
- 8 Die Beklagte bewilligte dem Kläger für die Zeit vom 21.1. bis zum 20.11.2014 vorläufig Elterngeld in Höhe von monatlich 1475,50 Euro (*Bescheid vom 5.2.2014*). Gleichzeitig forderte sie den Kläger auf, nach Ablauf des Elterngeldbezugs für diesen Zeitraum einen Nachweis über die Einnahmen einzusenden, der mindestens den Anforderungen des § 4 Abs 3 EStG entspricht.
- 9 Im Rahmen der nachfolgenden Ermittlungen zu seinen Einkünften im Bezugszeitraum reichte der Kläger den ihm für das Jahr 2014 erteilten Einkommensteuerbescheid ein. Sein Steuerberater führte zunächst aus, der Kläger habe im Zeitraum vom 21.1. bis 20.11.2014 keine Tätigkeitsvergütungen von der Betriebs-KG erhalten. In weiteren Schreiben erläuterte der Steuerberater, es sei nicht möglich, Bilanzen für einen unterjährigen Teilzeitraum in eine Überschussrechnung gemäß § 4 Abs 3 EStG umzurechnen. Als Kommanditist habe der Kläger einen Anspruch auf 25 vH des Jahresüberschusses der Betriebs-KG.

- 10 Die Beklagte setzte das dem Kläger für die Zeit vom 21.1. bis 20.11.2014 zustehende Elterngeld endgültig auf 300 Euro monatlich fest und machte eine vom Kläger zu erstattende Überzahlung in Höhe von 11 755 Euro geltend (*Bescheid vom 30.10.2019*). Dabei legte sie Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach dem Jahreseinkommen aus dem Einkommensteuerbescheid für 2014 zugrunde. Hiergegen brachte der Kläger vor, er habe im Bezugszeitraum allein aus seiner Geschäftsführertätigkeit Einnahmen gehabt. Einen Nachweis nach § 4 Abs 3 EStG könne er nicht vorlegen. Der Jahresüberschuss aus der Betriebs-KG für 2014 sei erst im Folgejahr auf seinem Gesellschafterkonto gutgeschrieben worden. Die Beklagte wies den Widerspruch zurück (*Widerspruchsbescheid vom 7.1.2020*).
- 11 Im Klageverfahren hat der Kläger ua geltend gemacht, in dem Gesellschafterbeschluss vom 30.12.2013 sei mit den Mitgesellschaftern auch ein Gewinnverzicht vereinbart worden. Ihm seien nur Einkünfte in Höhe von 3500 Euro zugeflossen. Eine - vom SG angeforderte - unterjährige Bilanz der Betriebs-KG wäre nicht aussagekräftig. Das SG hat die Klage abgewiesen (*Urteil vom 21.2.2022*).
- 12 Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Elterngeld in Höhe der vorläufigen Bewilligung. Sowohl die endgültige Festsetzung des Elterngelds auf monatlich 300 Euro als auch die daraus folgende Erstattungsforderung hielten im Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung stand. Es könne dahinstehen, ob der Gesellschafterbeschluss vom 30.12.2013 wirksam zustande gekommen oder ob und inwieweit der Kläger seine Arbeitszeit tatsächlich verringert habe. Dem Beschluss vom 30.12.2013 sei kein Gewinnverzicht zu entnehmen. Der Kläger sei seiner Pflicht nicht nachgekommen, das Einkommen mit auf den Bezugszeitraum bezogenen Bilanzen für alle Gesellschaften nachzuweisen. Der Einwand, bei bilanzierungspflichtigen Gesellschaften sei die Vorlage von Überschussrechnungen nicht möglich, trage nicht. Es treffe zu, dass eine Gewinnermittlung bei der Betriebs-KG und der h KG nur mittels Bilanzen möglich sei. Dass mit einer hierauf beruhenden Einkommensermittlung das Zuflussprinzip nicht gewahrt werde, weil sich ein Bilanzgewinn immer zeitlich später realisiere, suspendiere die Vorgaben des § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG nicht. Dem Gesetzgeber sei bei Schaffung dieser Regelung die Vielzahl aufgrund Gesetzes bilanzierungspflichtiger Gesellschaftsformen bewusst gewesen. Wenn er mit der Formulierung "mindestens" gleichwohl die Möglichkeit geschaffen habe, neben der in § 4 Abs 3 EStG vorgesehenen Überschussrechnung auch eine Gewinnermittlung mittels Bilanz vorzulegen, habe er bei bilanzierungspflichtigen Gesellschaften bewusst eine Abweichung vom Zuflussprinzip in Kauf genommen. Die Erstellung einer Bilanz für einzelne Elterngeldmonate sei nicht mit unzumutbarem Aufwand verbunden. Bei entsprechenden Vorkehrungen sei dies auf Knopfdruck auch noch nachträglich möglich. Das habe der ehemalige Steuerberater der Gesellschaften nachvollziehbar bezeugt. Dass das nicht geschehen sei, falle in die Risikosphäre des Klägers. Da sich dessen Einkünfte ohne seine Mitwirkung nicht ermitteln ließen, müsse eine Beweislastentscheidung erfolgen. Die Beweislosigkeit treffe den Kläger. Bedenken gegen die Höhe der Erstattungsforderung bestünden nicht (*Urteil vom 22.11.2024*).
- 13 Mit seiner Revision rügt der Kläger die Verletzung von § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG. Die Vorschrift solle die einfache Ermittlung von Einkünften Selbstständiger im Bezugszeitraum ermöglichen. Diesem Vereinfachungsgedanken widerspräche eine sofortige Buchung und Aufteilung für jede Einnahme bilanzierungspflichtiger Gesellschaften. Zudem verdeutlichten die Gesetzesmaterialien, dass es gerade in den Bezugsmonaten auf den nach dem Zuflussprinzip ermittelten Gewinn ankomme. Etwaige auf Knopfdruck erstellbare Monatsbilanzen hätten hinsichtlich des tatsächlichen Mittelzuflusses keine anderen Ergebnisse geliefert, da im Bezugszeitraum über die erwähnten Bezüge hinaus keine Mittel geflossen seien. An bilanzierungspflichtigen Gesellschaften beteiligte Elterngeldberechtigte würden doppelt belastet, hätten sie für den Bezugszeitraum zugleich eine taggenaue Überschussrechnung zu führen. Dies bedeute eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu nicht selbstständigen elterngeldberechtigten Personen.

- 14 Der Kläger beantragt,
die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 22. November 2024 und des Sozialgerichts Köln vom 21. Februar 2022 sowie den Bescheid der Beklagten vom 30. Oktober 2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7. Januar 2020 insoweit aufzuheben, als mit diesem eine vom Bescheid vom 5. Februar 2014 abweichende Höhe des Elterngeldes sowie eine Erstattungsforderung in Höhe von 11 755 Euro festgesetzt wurde.
- 15 Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.
- 16 Sie verteidigt die angegriffenen Entscheidungen.

Entscheidungsgründe

- 17 Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG). Auf der Grundlage der nicht mit durchgreifenden Verfahrensrügen angegriffenen und damit für den Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) hat die Beklagte das dem Kläger gewährte Elterngeld im Ergebnis zu Recht auf den Mindestbetrag festgesetzt und den darüber hinausgehenden vorläufig gezahlten Betrag zurückgefordert.
- 18 A. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist neben den vorinstanzlichen Entscheidungen der Bescheid der Beklagten vom 30.10.2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7.1.2020, soweit die Beklagte hierin das dem Kläger zustehende Elterngeld endgültig niedriger als im Bescheid vom 5.2.2014 festgesetzt und eine Erstattung in Höhe von 11 755 Euro verlangt hat.
- 19 Zutreffend wendet sich der Kläger insoweit gegen den Bescheid vom 30.10.2019 im Wege der Anfechtungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 SGG), gerichtet auf die Aufhebung des Verwaltungsakts zur Festsetzung des Leistungsanspruchs der Höhe nach und des Verwaltungsakts zur Erstattungsforderung, die auf die niedrigere Festsetzung zurückzuführen ist. Der Bescheid enthält drei gesonderte Regelungen (§ 31 Satz 1 SGB X; vgl hierzu BSG Urteil vom 21.6.2016 - B 10 EG 3/15 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 31 RdNr 12). Er hebt erstens den mit Bescheid vom 5.2.2014 nach § 8 Abs 3 BEEG als Nebenbestimmung iS des § 32 SGB X erklärten Vorbehalt der Vorläufigkeit auf und entscheidet zweitens über den Anspruch auf Elterngeld der Höhe nach endgültig (vgl BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 9/17 R - juris RdNr 13 mwN). Drittens begründet er die Verpflichtung des Klägers zur Erstattung der Überzahlung. Da im Erfolgsfall wegen der verbleibenden Aufhebung des Vorläufigkeitsvorbehalts der ursprünglich mit Bescheid vom 5.2.2014 bestimmte und vom Kläger begehrte Elterngeldanspruch zu einer endgültigen Festsetzung erstarkt, ist aus Sicht des Klägers nur die zweite und dritte Regelung des Bescheids anzufechten.
- 20 B. Die Revision ist unbegründet. Zutreffend ist das LSG davon ausgegangen, dass der Bescheid der Beklagten vom 30.10.2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7.1.2020 im Ergebnis rechtmäßig ist und den Kläger daher nicht in seinen Rechten verletzt. Wie schon das SG hat das LSG dem Klagebegehren nicht entsprochen, weil sich ein über dem Mindestbetrag nach § 2 Abs

4 Satz 1 BEEG bestehender Anspruch auf Elterngeld nicht hat nachweisen lassen. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

- 21 Die Beklagte hat Elterngeld der Höhe nach vorläufig unter Berücksichtigung des glaubhaft gemachten Einkommens aus Erwerbstätigkeit für die Zeit vom 21.1. bis 20.11.2014 gezahlt; dem Grunde nach hat der Kläger hierauf einen Anspruch (*dazu 1*). Im Anschluss an diesen Bezugszeitraum musste sie eine Entscheidung über die endgültig zustehenden Leistungen treffen (*dazu 2*), wozu die Einkünfte im Bezugszeitraum bekannt sein müssen (*dazu 3*). Dabei war das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit auf der Grundlage einer Gewinnermittlung zu ermitteln, die bei bilanzierungspflichtigen Gesellschaften durch einen Betriebsvermögensvergleich vorzunehmen ist (*dazu 4*). Eine sich dadurch ergebende Abweichung vom insbesondere bei elterngeldbeziehenden Personen mit Einkünften aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit geltenden Zuflussprinzip beruht auf sachlichen Gründen. Sie dient dem Zweck des Elterngelds, elternzeitbedingten Einkommensausfall zu kompensieren und nicht etwa Elternzeit zusätzlich zu entgelten (*dazu 5*). Die vom Kläger vorgelegten Unterlagen genügen als Grundlage des Nachweises seiner Einkünfte aus den Gesellschaften nicht (*dazu 6*). Die fehlende Feststellbarkeit der Gewinneinkünfte des Klägers im Bezugszeitraum geht zu seinen Lasten (*dazu 7*). Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht (*dazu 8*). Auch die Erstattungsforderung ist zutreffend festgesetzt (*dazu 9*).
- 22 1. Die Beklagte hat Elterngeld auf Grundlage des § 8 Abs 3 Satz 1 Alt 2 BEEG, der zu einer Interimslösung ermächtigt, mit Bescheid vom 5.2.2014 wegen der Höhe der Leistungen ausdrücklich nur vorläufig gezahlt. Der Bewilligungsverwaltungsakt wurde vom Kläger nicht angegriffen und ist bestandskräftig geworden (§ 77 SGG). Er ist auch in der Folgezeit nicht dem Grunde nach von der Beklagten aufgehoben worden. Da insoweit die Voraussetzungen für das Elterngeld bereits verbindlich festgestellt worden sind (*Krauß in Roos/Bieresborn/Kaltenstein, MuSchG/BEEG, 3. Aufl 2026, § 8 BEEG RdNr 35; Schmitt in Brose/Weth/Volk, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 10. Aufl 2025, § 8 BEEG RdNr 43*), hat der Kläger einen Anspruch auf Elterngeld für den Zeitraum vom 21.1. bis 20.11.2014.
- 23 2. Im Anschluss an den Bezugszeitraum hat die Beklagte zu Recht am 30.10.2019 eine Entscheidung über die endgültig zustehenden Leistungen getroffen. Dabei musste sie unter anderem die Einkünfte des Klägers im Bezugszeitraum zugrundelegen.
- 24 Ist Elterngeld nur vorläufig bewilligt worden, bedarf es nach Beendigung des Bezugszeitraums einer endgültigen Entscheidung über den Leistungsanspruch. Dadurch wird das Ziel des durch den Antrag eingeleiteten Verwaltungsverfahrens (§ 26 Abs 1 BEEG iVm § 8 SGB X) erreicht (*vgl schon BSG Urteil vom 9.5.1996 - 7 RAr 36/95 - SozR 3-4100 § 112 Nr 28 - juris RdNr 21; vgl auch BSG Urteil vom 29.4.2015 - B 14 AS 31/14 R - SozR 4-4200 § 40 Nr 9 RdNr 24; Jaritz, jurisPR-SozR 2/2017 Anm 4; für das Elterngeld allgemein BSG Urteil vom 8.3.2018 - B 10 EG 8/16 R - BSGE 125, 162 = SozR 4-7837 § 2c Nr 3, RdNr 20 mwN*). Sobald geklärt werden kann, ob und in welcher Höhe Ansprüche auf Elterngeld bestanden, entfällt die Rechtfertigung dafür, eine endgültige Entscheidung über den Leistungsanspruch zu verzögern (*siehe allgemein zum Verbot des vorzeitigen Verfahrensabschlusses schon BSG Urteil vom 28.11.1990 - 4 RLw 5/90 - SozR 3-1300 § 32 Nr 4 - juris RdNr 27*).
- 25 Vor Erlass des Verwaltungsakts über die Höhe des Elterngelds vom 30.10.2019 bedurfte es keiner Anhörung des Klägers, da die Beklagte mit der endgültigen Festsetzung lediglich eine einkommensabhängige Leistung im Sinne von § 24 Abs 2 Nr 5 SGB X den veränderten Verhältnis-

sen angepasst hat (vgl BSG Urteil vom 21.2.2013 - B 10 EG 12/12 R = SozR 4-7837 § 2 Nr 19 RdNr 30).

- 26 3. Das LSG ist zu Recht zu der Erkenntnis gelangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für Ansprüche des Klägers auf Elterngeld in Höhe von monatlich mehr als 300 Euro nicht festgestellt werden können. Die Versuche der Beklagten und der Vorinstanzen, die Einkünfte des Klägers im Bezugszeitraum zu ermitteln, sind rechtlich nicht zu beanstanden.
- 27 a) Materiell-rechtlich gelten für die Bestimmung der Ansprüche des Klägers auf Elterngeld der Höhe nach die §§ 2 bis 22 BEEG (*idF bis zum 31.12.2014, im Folgenden aF*). Gemäß § 28 Abs 1 BEEG (*idF des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes vom 15.2.2021, BGBl I 239*) ist ua für vor dem 1.9.2021 geborene Kinder das BEEG in der bis zum 31.8.2021 geltenden Fassung weiter anzuwenden. Nach der zu diesem Zeitpunkt gültigen Fassung des BEEG sind für vor dem 1.1.2015 geborene Kinder § 1 und für vor dem 1.7.2015 geborene Kinder - mit Ausnahme der § 2c Abs 1 Satz 2 und § 22 Abs 2 Satz 1 Nr 2 - zudem §§ 2 bis 22 BEEG aF weiter anzuwenden (§ 28 Abs 1 Satz 1 und 2 BEEG *idF des Gesetzes für Maßnahmen im Elterngeld aus Anlass der COVID-19-Pandemie vom 20.5.2020, BGBl I 1061*). Da das Kind des Klägers am 21.12.2013 geboren ist, greifen die Vorschriften der §§ 1 ff BEEG aF.
- 28 b) Nach der gesetzlichen Konzeption des § 2 BEEG aF erfolgt die Ermittlung des dem Elterngeldberechtigten tatsächlich zustehenden Zahlbetrags in drei Schritten. Zunächst ist der dem Berechtigten maximal zustehende Zahlbetrag unter Berücksichtigung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit im Bemessungszeitraum festzustellen. Hat der Berechtigte auch im Bezugszeitraum Einkommen aus Erwerbstätigkeit, verringert sich der Zahlbetrag unter Berücksichtigung dieses Einkommens in einem zweiten Schritt. Schließlich ist, wenn sich im ersten Schritt mangels vor der Geburt bezogenen Einkommens oder aber im zweiten Schritt aufgrund der Höhe des Einkommens im Bezugszeitraum kein Zahlbetrag ergibt, das Elterngeld in Höhe des Mindestbetrags von 300 Euro festzusetzen.
- 29 Zunächst ist der dem Berechtigten maximal zustehende Zahlbetrag unter Berücksichtigung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit im Bemessungszeitraum festzustellen. Für die Ermittlung des Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von § 2d BEEG vor der Geburt sind die jeweiligen steuerlichen Gewinnermittlungszeiträume maßgeblich, die dem letzten abgeschlossenen steuerlichen Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes zugrundeliegen (§ 2d Abs 2 Satz 1 BEEG). Dieser Zeitraum ist der Bemessungszeitraum. Von den weiteren Vorgaben des § 2 Abs 1 und 2 BEEG aF ausgehend hat das LSG zutreffend das dem Kläger monatlich maximal zustehende Elterngeld in Höhe von 1800 Euro auf der Grundlage der im Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2012 vom 23.7.2013 ausgewiesenen Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 80 001 Euro (vgl § 2 Abs 1 Satz 3 iVm § 2b Abs 2 BEEG) ermittelt.
- 30 Hat der Berechtigte - wie hier - auch im Bezugszeitraum (§ 4 BEEG aF) Einkommen aus Erwerbstätigkeit, verringert sich der Zahlbetrag unter Berücksichtigung dieses Einkommens in einem zweiten Schritt nach näherer Maßgabe des § 2 Abs 3 BEEG aF. Danach kommt es beim Elterngeld für Monate nach der Geburt des Kindes, in denen die berechtigte Person Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat, das durchschnittlich geringer ist als das Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt, auf den Unterschiedsbetrag dieser Einkommen an.
- 31 c) Der gesetzlich vorgegebene Vergleich der Einkommen vor und nach der Geburt sowie die Ermittlung des Unterschiedsbetrags erfordern Nachweise zur Höhe der Einkommen. Für den Nach-

weis gelten abhängig von der Art des Einkommens aus Erwerbstätigkeit - nichtselbstständig (§ 2c BEEG aF) oder selbstständig (§ 2d BEEG) - unterschiedliche Anforderungen.

- 32 Ungeklärt ist vorliegend, wie die Einkünfte des Klägers aus seiner Geschäftsführertätigkeit einzuordnen sind. Die Revision trägt vor, es handele sich um Gewinn, mithin Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit. Das LSG hat nur Zweifel hinsichtlich der Wirksamkeit des Beschlusses vom 30.12.2013 wegen zu erreichender Stimmanteile bei einem Gesellschafterbeschluss der Betriebs-KG angemeldet. Der Frage, ob die Einkünfte des Klägers aus seiner Tätigkeit als Geschäftsführer zutreffend den Einkünften aus Gewerbebetrieb zugeordnet wurden oder angesichts der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverhältnisse denen aus nichtselbstständiger Arbeit hätten zugeordnet werden müssen (vgl dazu BFH Urteil vom 20.10.2010 - VIII R 34/08 - juris RdNr 29; BSG Urteil vom 13.3.2023 - B 12 R 4/21 R - BSGE 136, 16 = SozR 4-7685 § 16 Nr 1, RdNr 14; zur Behandlung von Mischeinkünften BSG Urteil vom 27.10.2016 - B 10 EG 4/15 R - SozR 4-7837 § 2b Nr 2) ist es indes nicht nachgegangen.
- 33 Im Hinblick auf die hier zu überprüfende Entscheidung kann die Beantwortung dieser Frage aber dahinstehen. Jedenfalls lassen sich die weiteren Einkünfte des Klägers, soweit sie aus der Beteiligung an der Betriebs-KG oder der h KG beruhen und damit Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne des § 2d BEEG sind, im Bezugszeitraum der Höhe nach nicht feststellen. Hierfür trägt der Kläger die objektive Feststellungslast.
- 34 4. Das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit (§ 2d BEEG) ist auf der Grundlage einer Gewinnermittlung festzustellen, die bei bilanzierungspflichtigen Gesellschaften durch einen Betriebsvermögensvergleich vorzunehmen ist.
- 35 § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG (idF des Gesetzes zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs vom 10.9.2012, BGBl I 1878) verlangt insoweit eine Gewinnermittlung, die "mindestens den Anforderungen des § 4 Abs 3 EStG entspricht". Diese muss also zumindest den Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben für die Bezugsmonate ausweisen (dazu a). Für die Betriebs-KG scheidet diese Form der Gewinnermittlung aus (dazu b). Der Steuerbescheid genügt den Anforderungen nicht (dazu c). Vielmehr ist eine Gewinnermittlung durch einen Betriebsvermögensvergleich durchzuführen (dazu d). Diese ist dem Kläger auch möglich (dazu e).
- 36 a) Gemäß § 2d Abs 1 BEEG aF ergibt das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit 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. Grundlage der Ermittlung der in den Bezugsmonaten zu berücksichtigenden Gewinneinkünfte ist eine Gewinnermittlung, die "mindestens den Anforderungen des § 4 Abs 3 EStG entspricht" (§ 2d Abs 3 Satz 1 BEEG aF). Für diese vereinfachte Gewinnberechnung gilt grundsätzlich das Zu- und Abflussprinzip im Sinne des § 11 EStG, es genügt eine Einnahmen-Überschuss-Rechnung. Diese steuerrechtlichen Grundsätze gelten auch für die Elterngeldberechnung mit der Maßgabe, dass an die Stelle des jährlichen Besteuerungszeitraums derjenige des Elterngeldbezugs ("in den Bezugsmonaten") tritt (so schon BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R - BSGE 127,162 = SozR 4-7837 § 2d Nr 1, RdNr 20; Thorn in Roos/Bieresborn/Kaltenstein, MuSchG/BEEG, 3. Aufl 2026, § 2d BEEG RdNr 8).
- 37 b) Für die Betriebs-KG scheidet eine Gewinnermittlung nach § 4 Abs 3 EStG und damit eine Einnahmen-Überschussrechnung jedoch aus, weil diese Bücher zu führen hat (§ 6 Abs 1 iVm § 238

Abs 1 Satz 1 HGB). Ferner ist sie als GmbH & Co KG über §§ 242, 264a HGB bezüglich des Jahres- und Konzernabschlusses den bilanzrechtlichen Vorschriften unterworfen, die für Kapitalgesellschaften gelten, weil bei ihr nicht wenigstens eine natürliche Person persönlich haftet. Ist der Steuerpflichtige aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen, muss der Gewinn nach den allgemeinen Vorgaben des § 4 Abs 1 EStG ermittelt werden (§ 4 Abs 3 Satz 1 Alt 1 EStG).

- 38 c) Eine Gewinnermittlung auf Grundlage eines Steuerbescheids und anteiliger Berücksichtigung des darin für den Veranlagungszeitraum festgestellten Einkommens im Bezugszeitraum - wie sie die Beklagte vorgenommen hat - lässt für unterjährige Bezugszeiträume keine zuverlässigen Rückschlüsse auf das Einkommen im Bezugszeitraum zu und entspricht nicht den Mindestanforderungen des § 4 Abs 3 EStG.
- 39 Dies hat der Senat zu einer nicht bilanzierungspflichtigen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts entschieden, weil es dem Gesetzgeber gerade auf den Gewinn nur in den Bezugsmonaten und nicht im gesamten Steuerjahr ankommt (*BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R - BSGE 127, 162 = SozR 4-7837 § 2d Nr 1, RdNr 22*). Insoweit hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG (*durch das Gesetz vom 10.9.2012, BGBl I 1878*) die Wendung "in den Bezugsmonaten" eingefügt und damit "besondere Vorgaben für die Ermittlung des Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit während der Bezugszeit" geschaffen. Der Steuerbescheid kann seitdem nicht mehr als maßgeblicher Nachweis des auf den Bezugszeitraum anteilig anzurechnenden Einkommens herangezogen werden (*vgl BT-Drucks 17/9841 S 23 zu Abs 3*).
- 40 Zwar hat der erkennende Senat diese vom Gesetzgeber als redaktionelle Anpassung bezeichnete Neuformulierung in § 2d Abs 3 Satz 1 im Vergleich zu § 2 Abs 8 Satz 2 BEEG (*vgl BT-Drucks 17/9841 S 23 zu Satz 1*) inhaltlich nicht in dem bis dahin geltenden Gesetzestext ausgemacht (*vgl BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R - BSGE 127, 162 = SozR 4-7837 § 2d Nr 1, RdNr 24*). Bei der Änderung handelte es sich aber auch um eine Klarstellung zum geänderten Einkommensbegriff in § 2 Abs 1 Satz 3 BEEG (*BT-Drucks aaO*), da es in Abkehr vom elterngeldrechtlichen "modifizierten Zuflussprinzip" nicht mehr auf das "erzielte" Einkommen ankam, sondern ob jemand Einkommen "hat". Mit dieser Umformulierung hat der Gesetzgeber als Reaktion auf die Rechtsprechung des Senats (*BSG Urteil vom 30.9.2010 - B 10 EG 19/09 R - BSGE 107, 18 = SozR 4-7837 § 2 Nr 6*) ausdrücklich geregelt, dass auch durch den Verweis auf eine Gewinnermittlung nach § 4 Abs 3 EStG und damit auf § 11 EStG für die zeitliche Zuordnung von Einkommen im Elterngeldrecht die steuerrechtlichen Grundsätze und damit das Zufluss- und Realisationsprinzip gelten (*vgl BT-Drucks 17/9841 S 18; LSG Hamburg Urteil vom 17.11.2016 - L 1 EG 3/15 - juris RdNr 29 mwN; Thorn in Roos/Bieresborn/Kaltenstein, MuSchG/BEEG, 3. Aufl 2026, § 2 BEEG RdNr 7*). An die Stelle des steuerrechtlichen Kalenderjahres tritt im Elterngeldrecht für die Ermittlung der Gewinneinkünfte in der Bezugszeit nach § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG der Bezugszeitraum.
- 41 Infolge der Abkehr von der kalenderjahresabhängigen Einkommensermittlung im Bezugszeitraum ist eine anteilige Umrechnung des Jahresgewinns auf die Bezugsmonate auch unabhängig von der Anknüpfung an einen Steuerbescheid (zB unmittelbar aufgrund einer Jahresbilanz) nicht möglich (*vgl BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R - BSGE 127, 162 = SozR 4-7837 § 2d Nr 1, RdNr 23*).
- 42 Davon unabhängig zu beantworten ist die Frage, wie sich das Einkommen bestimmt, das im Bezugszeitraum zu berücksichtigen ist. Die weiteren Folgerungen des Senats in der genannten Entscheidung beziehen sich auf die dort vorliegende Konstellation eines ausdrücklichen Gewinnverzichts für die Bezugsmonate (*BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R - BSGE 127, 162*

= SozR 4-7837 § 2d Nr 1, RdNr 22). Sie betreffen eine "Hinwendung zum tatsächlichen Mittelzufluss in der Bezugszeit" als Ausdruck einer Anwendung der strengen Zuflusstheorie - insoweit auch für Personengesellschaften (vgl BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R - BSGE 127, 162 = SozR 4-7837 § 2d Nr 1, RdNr 23-25; siehe zur ausschließlichen Anwendung der strengen Zuflusstheorie zB auch BSG Urteil vom 27.10.2022 - B 10 EG 4/20 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 35 RdNr 54; zur Relativierung des Zuflussprinzips durch den Gesetzgeber, auch bei Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit vgl § 2c Abs 1 Satz 1 BEEG idF vom 20.5.2020). Das dabei erzielte Ergebnis ist nach wie vor darin begründet, dass im Fall eines Gewinnverzichts während der Bezugszeit für diesen Zeitraum steuerrechtlich anteiliges Einkommen nicht generiert wird (siehe hierzu auch bereits Urteil vom 21.6.2016 - B 10 EG 3/15 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 31 RdNr 24). Für den Grundfall realisierter Gewinnanteile an einer bilanzierungspflichtigen Personengesellschaft ohne einen erklärten Verzicht des Elterngeldberechtigten auf Gewinn und Freistellung vom Verlust im Bezugszeitraum - wie hier - hat der Senat in seiner Entscheidung vom 13.12.2018 indes keine tragenden Rechtssätze aufgestellt.

- 43 d) Für den Bezugszeitraum ist vorliegend eine mindestens den Anforderungen des § 4 Abs 3 EStG entsprechende Gewinnermittlung durchzuführen, die den Vorgaben der § 4 Abs 1, § 5 EStG entspricht. Hierfür sprechen der Wortlaut des § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG aF (*dazu aa*), die Gesetzeshistorie (*dazu bb*), systematische Gesichtspunkte (*dazu cc*) sowie Sinn und Zweck der Norm (*dazu dd*).
- 44 aa) Bereits der klare Wortlaut des § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG aF fordert als Grundlage der Ermittlung der in den Bezugsmonaten zu berücksichtigenden Gewinneinkünfte schlicht eine Gewinnermittlung, die "mindestens" den Anforderungen des § 4 Abs 3 EStG entspricht. Daher kommt als Grundlage der Ermittlung der zu berücksichtigenden Gewinneinkünfte auch eine Gewinnermittlung in Betracht, die darüber hinausgeht.
- 45 Eine solche ist insbesondere die Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich gemäß § 4 Abs 1 EStG (ebenso LSG Hamburg Urteil vom 17.11.2016 - L 1 EG 3/15 - juris; Thorn in Roos/Bieresborn/Kaltenstein, MuSchG/BEEG, 3. Aufl 2026, § 2d BEEG RdNr 8; Schnell in Tillmanns/Mutschler, MuSchG/BEEG, 3. Aufl 2021, § 2d BEEG RdNr 17). Diese unterliegt weitergehenden Vorgaben als eine Überschussrechnung im Sinne des § 4 Abs 3 EStG, in deren Rahmen im Wesentlichen nur die Betriebseinnahmen den Betriebsausgaben gegenüberzustellen sind ("vereinfachte Gewinnermittlung": BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R - BSGE 127, 162 = SozR 4-7837 § 2d Nr 1, RdNr 20; vgl Loschelder in Schmidt, EStG, 41. Aufl 2022, § 4 RdNr 372). Sie unterfällt deshalb der Mindestvorgabe des § 4 Abs 3 EStG, die lediglich ein Weniger als die vereinfachte Gewinnermittlung durch Überschussrechnung verbietet, jedes Mehr aber erlaubt.
- 46 bb) Für die Zulässigkeit einer Gewinnermittlung (auch) aufgrund eines Betriebsvermögensvergleichs sprechen darüber hinaus gesetzeshistorische Gesichtspunkte. § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG aF entsprechend sah bereits § 2 Abs 8 Satz 2 BEEG (idF des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006, BGBl I 2748) als Grundlage der Einkommensermittlung den "Gewinn, wie er sich aus einer mindestens den Anforderungen des § 4 Abs 3 EStG entsprechenden Berechnung ergibt", vor. Diese Regelung geht zurück auf eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Bundestags (BT-Drucks 16/2785). Sie entsprach dem Wunsch des Bundesrats, im Elterngeldrecht einen am Steuerrecht orientierten Einkommensbegriff ohne Bezugnahme auf die Regelungen des SGB II, wie es noch der ursprüngliche Gesetzesentwurf vorsah, anzuwenden (BR-Drucks 426/1/06). Grundlage der am Steuerrecht orientierten Einkünfteermittlung aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit ist der Gewinn (§ 2 Abs 2 Satz 1 Nr 2 EStG). Dabei definiert § 4 EStG in Abs 1 im Grundsatz den Gewinn bezogen auf die Gewinnermittlungsmethode des Betriebsvermögensvergleichs und gesteht in Abs 3 lediglich einem begrenzten Kreis Steuerpflichtiger ein Wahlrecht zu, die Gewinn-

ermittlung auch anhand einer Überschussrechnung vorzunehmen. Dass der Gesetzgeber die Gewinnermittlung nach steuerrechtlichen Vorgaben bevorzugen, aber zugleich vom allgemeinen Gewinnbegriff der steuerrechtlichen Vorgaben in § 4 Abs 1 EStG abrücken wollte, liegt nach den Ausführungen in den Gesetzmaterialien fern.

- 47 Soweit in der Begründung zum vorgeschlagenen § 2 Abs 8 Satz 2 BEEG im Gegensatz zum vorgeschlagenen Normtext nur von einer "anhand einer den Anforderungen des § 4 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes entsprechenden vereinfachten Gewinnermittlung" (*BT-Drucks 16/2785 S 38; insoweit reduziert auch BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R - BSGE 127, 162 = SozR 4-7837 § 2d Nr 1, RdNr 22*) die Rede ist, handelt es sich mit Blick auf die vorangestellten Erwägungen und den klaren Wortlaut der Norm um eine ohne Erläuterung bleibende (zu) verkürzende Formulierung.
- 48 Hinsichtlich der Gesetzeshistorie vergleichbares gilt für die mit dem Gesetz zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs vom 10.9.2012 (*BGBI I 1878*) getroffenen Regelungen zur Einkommensermittlung in §§ 2c bis 2f BEEG. Die Ausführungen in der Begründung des Entwurfs zu § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG nehmen Bezug auf die Klarstellung des Einkommensbegriffes in § 2 Abs 1 Satz 3 BEEG (*BT-Drucks 17/9841 S 23*). Dort wurde aufgrund der früheren Rechtsprechung des BSG zum elterngeldspezifischen modifizierten Zuflussprinzip (*vgl BSG Urteil vom 30.9.2010 - B 10 EG 19/09 R - BSGE 107, 18 = SozR 4-7837 § 2 Nr 6, RdNr 23 ff*) auf den bisherigen Begriff der "Einkommenserzielung" verzichtet und stattdessen fortan auf das Einkommen abgestellt, das die berechtigte Person "hat". Damit sollte klargestellt werden, dass das elterngeldrechtliche Einkommen auch hinsichtlich der zeitlichen Zuordnung von Einnahmen in Anlehnung an den steuerlichen Einkommensbegriff ermittelt wird und "die steuerlichen Grundsätze der zeitlichen Zuordnung von Einnahmen (Zufluss- und Realisationsprinzip, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von bereichsspezifischen Besonderheiten wie etwa im Lohnsteuerrecht), zu berücksichtigen sind". Diese grundsätzliche steuerrechtliche Ausrichtung des elterngeldrechtlichen Einkommensbegriffes sollte auch mit § 2d BEEG unverändert bestehen bleiben (*BT-Drucks 17/9841 S 18*). Dass ausdrücklich sowohl auf das Zuflussprinzip (*bei der Gewinnermittlung nach § 4 Abs 3 EStG, vgl Krüger in Schmidt, EStG, 41. Aufl 2022, § 11 RdNr 4 f*) als auch auf das Realisationsprinzip (*als Grundprinzip der bilanziellen Gewinnermittlung, siehe Weber-Grellert in Schmidt, EStG, 41. Aufl 2022, § 5 RdNr 78*) verwiesen wurde, verdeutlicht, dass beide Möglichkeiten der Gewinnermittlung Gegenstand der gesetzgeberischen Überlegungen waren, ohne dass eine davon verworfen worden wäre. Am Konzept der Steuerrechtsakzessorietät hat der Gesetzgeber seither festgehalten. Er hat zusätzlich die zeitliche Zuordnung von Einnahmen und Ausgaben nach den einkommensteuerrechtlichen Grundsätzen ausdrücklich normativ verankert (*vgl § 2d Abs 5 BEEG idF vom 20.5.2020*). Damit kann: "Je nach Einzelfall und Art der jeweiligen Gewinnermittlungsmethode ... das Zuflussprinzip oder das Realisationsprinzip gelten" (*BT-Drucks 19/18698 S 8*).
- 49 cc) Auch gesetzessystematische Erwägungen stützen diese Auslegung. Die steuerrechtsakzessorische Einkommensermittlung im gesamten BEEG gebietet eine strenge Orientierung am Einkommensteuerrecht im Rahmen der Auslegung von Begrifflichkeiten (*vgl zB BSG Urteil vom 25.6.2020 - B 10 EG 3/19 R - BSGE 130, 237 = SozR 4-7837 § 2c Nr 7, RdNr 22; BSG Beschluss vom 12.2.2020 - B 10 EG 11/19 B - juris RdNr 9 mwN*), aber auch bei den anzulegenden Gewinnermittlungsgrundsätzen, soweit nichts Abweichendes geregelt ist (*vgl für die Überschussrechnung § 2d Abs 3 Satz 2 BEEG, dazu Schnell in Tillmanns/Mutschler, Praxiskommentar zum MuSchG und BEEG, 3. Aufl 2021, § 2d BEEG RdNr 16*). Die Einkommensermittlung für den Bemessungszeitraum erfolgt grundsätzlich auf der Basis des Einkommensteuerbescheids. Sie lässt sich auf einen erzielten Gewinn (*vgl § 2 Abs 2 Satz 1 Nr 1 EStG*) zurückführen. Der Steuerbescheid gibt den Gewinn abhängig von der Art der Gewinnermittlungsmethode wieder. Bei buchführungspflichtigen Gesellschaften wird dadurch das Realisationsprinzip berücksichtigt. Dass bei unverändert gebliebenen betrieblichen Verhältnissen für die Einkommensermittlung im Bezugs-

zeitraum ein Maßstabswechsel hin zum Zuflussprinzip (mit einer insoweit maßgeblichen Überschussrechnung) erfolgen müsste, erschließt sich danach nicht.

- 50 dd) Schließlich gebieten Sinn und Zweck des § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG aF die Möglichkeit der Gewinnermittlung auch auf Grundlage eines Betriebsvermögensvergleichs gemäß § 4 Abs 1, § 5 EStG.
- 51 Die für die Berechnung des Elterngelds erforderliche Ermittlung der Gewinneinkünfte soll spezifisch für den Bezugszeitraum stattfinden. Mit § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG aF soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass für die Einkommensermittlung für den Zeitraum nach der Geburt des Kindes, anders als für den Bemessungszeitraum, nicht auf einen steuerlichen Veranlagungszeitraum zurückgegriffen werden kann, da Bezugs- und Veranlagungszeitraum nur in seltenen Ausnahmefällen übereinstimmen (*so zum früheren § 2 Abs 8 Satz 2 BEEG BT-Drucks 16/2785 S 38*). Finanzielle Auswirkungen der Elternzeit werden bei Gewinneinkünften aus buchführungspflichtigen Gesellschaften allerdings regelmäßig erst mittels der erstellten Bilanz sichtbar. Wirkt sich die reduzierte Mitarbeit des Gesellschafters weder auf den Gewinn der Gesellschaft noch den des Gesellschafters aus, steht für ihn ein erziehungs- und betreuungsbedingter Verlust nicht zu befürchten. Es wäre wenig nachvollziehbar, würde demjenigen, der an einer buchführungspflichtigen Gesellschaft beteiligt ist, allein deshalb ein Anspruch auf Elterngeld zugestanden, weil ihm der im Bezugszeitraum gleichbleibend erwirtschaftete Gewinn der Gesellschaft erst am Ende des Jahres ausgezahlt wird.
- 52 Das gilt grundsätzlich auch für Fälle wie den vorliegenden, in denen dem Elterngeldberechtigten zwar aufgrund individueller Vertragsgestaltung als tätigkeitsbezogene Vergütung geringere monatliche Zahlungen im Bezugszeitraum zufließen (die ggf sogar als Einnahmen aus abhängiger Beschäftigung und damit nach ganz anderen rechtlichen Vorgaben als das Gewinneinkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit zu berechnen wären). In dem Fall verringern sich die laufenden monatlichen Ausgaben der Gesellschaft. Daraus folgt letztlich ein größerer zu verteilender Gewinn. Von diesem kann der Elterngeldberechtigte am Ende des Jahres, soweit er - wie hier nach den bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) - nicht auf seinen Gewinnanteil verzichtet hat, seinen Anteil verlangen.
- 53 Zwar kann sich bei gleichbleibenden Einnahmen der Gesellschaft ein erziehungs- und betreuungsbedingter Einkommensverlust eines Gesellschafters ergeben, wenn für diese Zeit eine sich zu seinen Ungunsten auswirkende, abweichende Gewinnverteilung verabredet wird. Auch diesen Fällen wird aber bei einer Gewinnermittlung nach § 4 Abs 1, § 5 EStG (und nach § 4 Abs 3 EStG) hinreichend Rechnung getragen. Die abdegemäß abweichende Gewinnverteilung wirkt sich bei dem betroffenen Gesellschafter bei einer auf den Bezugszeitraum bezogenen Gewinnermittlung nach den Vorschriften des Einkommensteuerrechts insofern aus, als ihm am in dieser Zeit etwaig erwirtschafteten Gewinn der Gesellschaft allenfalls ein geringerer Anteil zusteht (*vgl dazu BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 5/17 R - BSGE 127, 162 = SozR 4-7837 § 2d Nr 1, das diese Überlegungen dem "strengen Zuflussprinzip" zugeordnet hat*).
- 54 e) Diese Gewinnermittlung mittels Betriebsvermögensvergleich war dem Kläger auch möglich und zumutbar. Dass sich der Gewinn (nur) mit einer Überschussrechnung feststellen ließe, wie der Kläger geltend macht, erschließt sich nicht. Vor allem kann hierfür nicht der Gedanke der Verwaltungsvereinfachung ins Feld geführt werden. Eine taggenaue Gewinnermittlung ist auch bei buchführenden Unternehmen ohne Weiteres möglich, wenn entsprechende Rechnungsabgrenzungsposten gesetzt werden. Das hat auch der im Berufungsverfahren als Zeuge vernommene ehemalige Steuerberater des Klägers dargelegt. Eine erhebliche Erschwerung der Gewinnermittlung ist damit auch bei buchführenden Elterngeldberechtigten oder solchen, die an buch-

führenden Personengesellschaften beteiligt sind, nicht ersichtlich. Vielmehr läge eine Doppelbelastung in einer zusätzlich zur Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich zu erstellenden Überschussrechnung, die weder gesellschaftsrechtlich noch steuerrechtlich gefordert wird.

- 55 5. Die sich dadurch ergebende Abweichung vom insbesondere bei elterngeldbeziehenden Personen mit Einkünften aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit geltenden Zuflussprinzip (*zu dessen Aufweichung vgl § 2c Abs 1 Satz 3 BEEG idF vom 20.5.2020*) ist sachlich gerechtfertigt. Sie dient dem Zweck des Elterngelds, elternzeitbedingten Einkommensausfall zu kompensieren und nicht etwa Elternzeit zusätzlich zu entgelten. Dagegen sprechen weder eine uU elterngeldmindernde Berücksichtigung von Einnahmen der Gesellschaft ohne tatsächliche Verfügungsmacht des Berechtigten im Bezugszeitraum (*dazu a*), noch verfassungsrechtliche Aspekte (*dazu b*).
- 56 a) Dass der Elterngeldberechtigte bei Anwendung des Realisationsprinzips im Bezugszeitraum uU nicht die tatsächliche Verfügungsmacht über die Einnahme erlangt und darüber bestimmen kann (*vgl insoweit unter Verweis auf das strenge Zuflussprinzip: BSG Urteil vom 27.10.2022 - B 10 EG 4/20 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 35 RdNr 52, 54*), spricht nicht grundsätzlich gegen dessen Geltung bei der Berechnung der Gewinneinkünfte.
- 57 Nach der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Intention des Gesetzgebers soll Maßstab für die Höhe des Elterngelds im Fall der Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Bezugszeitraum der tatsächliche Einkommensausfall sein (*BT-Drucks 16/1889 S 20 zu § 2 Abs 3*). Jeder betreuende Elternteil, der seine Erwerbstätigkeit unterbricht oder reduziert, soll einen an seinem individuellen Einkommen orientierten Ausgleich für die finanziellen Einschränkungen im ersten Lebensjahr des Kindes erhalten (*BT-Drucks 16/1889 S 2, 15; vgl auch BSG Urteil vom 4.9.2013 - B 10 EG 18/12 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 23 RdNr 33*). Dass vom Gesetzgeber eine die Einkommensverhältnisse nicht berücksichtigende ergänzende Zahlung von Elterngeld beabsichtigt war, ist nicht ersichtlich. Das wäre aber der Fall, wenn mit der Erwerbstätigkeit während der Elternzeit eine wirkliche Einkommenseinbuße doch nicht verbunden wäre, weil feststellbare Gewinneinkünfte im Bezugszeitraum nicht hinter denjenigen des Bemessungszeitraums zurückbleiben. Dann stünde der Elterngeldberechtigte besser da als wenn er seiner Tätigkeit wie schon vor der Geburt weiter nachgegangen wäre. Die bilanzorientierte Gewinnermittlung mittels stichtagsbezogener Rechnungsabgrenzungsposten erlaubt insoweit eine trennscharfe Zuordnung des Gewinns zum Bezugszeitraum oder - insoweit unmaßgeblich - zu einem Wirtschaftsjahr (*vgl § 4a Abs 1 Satz 2 Nr 1 EStG*).
- 58 b) Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der zeitlichen Zuordnung von Einkünften einer bilanzierungspflichtigen Personengesellschaft zu den Bezugsmonaten sind nicht ersichtlich.
- 59 Die Anwendung des Realisationsprinzips anstelle des Zuflussprinzips steht im Falle von Gewinneinkünften aus buchführungspflichtigen Personengesellschaften im Einklang mit dem Gleichbehandlungsgebot in Art 3 Abs 1 GG. Der Gesetzgeber hat im Bereich des Elterngeldrechts grundsätzlich einen weiten Gestaltungsspielraum und braucht nicht die gerechteste und zweckmäßigste Lösung zu wählen (*vgl BVerfG <Kammer> Beschluss vom 9.11.2011 - 1 BvR 1853/11 - juris RdNr 10; BSG Urteil vom 27.10.2022 - B 10 EG 4/20 R - SozR 4-7837 § 2 Nr 35 RdNr 54; BSG Urteil vom 13.12.2018 - B 10 EG 9/17 R - juris RdNr 30*).
- 60 Die Berücksichtigung entsprechender Einkünfte auch dann, wenn sie erst nach der Bezugszeit am Jahresende zufließen, stellt aufgrund der unterschiedlichen Ausgangslage schon keine Un-

gleichbehandlung dar. Jedenfalls ist sie - wie gesagt - sachlich gerechtfertigt. Zwar stehen die so realisierten Mittel den Elterngeldberechtigten im Zeitpunkt ihres Zuflusses tatsächlich nicht zur Deckung des Lebensunterhalts in der Bezugszeit zur Verfügung. Dies ist allerdings typisch für Gewinneinkünfte aus buchführungspflichtigen (Personen-)Gesellschaften und wiederholt sich von Jahr zu Jahr. Die Einkommensersatzfunktion des Elterngelds und die Unterhaltssicherung wird dennoch gewahrt. Das für die berechnete Person auf Grundlage der im vorangegangenen Bemessungszeitraum erzielten Einkünfte errechnete Elterngeld ist zunächst - wie vorliegend - vorläufig zu bewilligen, wenn diese Person im Bezugszeitraum (mangels Gewinnverzicht) voraussichtlich Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat. Elterngeld wird somit auch in dieser Konstellation bis zum Nachweis des tatsächlich zu berücksichtigenden Einkommens aus Erwerbstätigkeit vorläufig gezahlt. Besteht nach abschließender Berechnung kein oder ein niedrigerer Anspruch auf Elterngeld, so sind überzahlte Leistungen zu erstatten (§ 26 Abs 2 BEEG aF iVm § 328 SGB III) und ist eine elterngeldberechtigte Person insoweit nicht schutzbedürftig.

- 61 6. Die vom Kläger nach den Feststellungen des LSG im Verwaltungs- und Klageverfahren vorgelegten Unterlagen entsprechen nicht den Anforderungen des § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG (*dazu a*). Der Kläger war von der Vorlage einer Gewinnermittlung für den Bezugszeitraum auch nicht entbunden (*dazu b*).
- 62 a) Weder die vom Kläger im Verwaltungsverfahren vorgelegte Gewinn- und Verlustverteilung für das Geschäftsjahr 2014 der Betriebs-KG noch die Auszüge zu verschiedenen Kapitalkonten der Betriebs-KG für das Jahr 2014 genügen den Vorgaben des § 2d Abs 3 Satz 1 BEEG iVm § 4 Abs 1, § 5 EStG bzw § 4 Abs 3 EStG. Darüber hinaus beziehen sie sich auf das gesamte Geschäftsjahr 2014, nicht dagegen auf den konkret maßgeblichen Bezugszeitraum vom 21.1. bis zum 20.11.2014. Auch die Angaben des Klägers zu den im Bezugszeitraum von der Betriebs-KG tatsächlich ausgekehrten Zahlungen genügen nicht. Aus diesen Angaben ist der Gewinn der Gesellschaften, an denen er anteilig beteiligt ist, nicht erkennbar.
- 63 b) Entgegen seiner Ansicht war der Kläger auch nicht von der Pflicht zur Vorlage entsprechender Gewinnermittlungen entbunden.
- 64 Dass der Kläger zur Vorlage entsprechender Unterlagen verpflichtet war, ergibt sich zunächst aus § 8 Abs 1 BEEG aF. Danach ist, soweit im Antrag auf Elterngeld Angaben zum voraussichtlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit gemacht wurden, nach Ablauf des Bezugszeitraums für diese Zeit das tatsächliche Einkommen aus Erwerbstätigkeit nachzuweisen. Dass diese Pflicht der elterngeldbeziehenden Person obliegt, liegt schon deshalb nahe, weil es um ihr Einkommen geht, weshalb sie über entsprechende Nachweise verfügen müsste. Bestätigt wird diese Auslegung durch die Gesetzesmaterialien. Bereits in der Begründung des Entwurfs zur Einführung des Elterngeldes wurde insoweit ausgeführt, dass § 8 Abs 1 BEEG die Auskunftspflicht des Berechtigten über das Einkommen im Bezugszeitraum regelt (*BT-Drucks 16/1889 S 25*). Diese Sonderregelung war erforderlich, da nach dem Ende des Bezugszeitraums ohne die Mithilfe der elterngeldbeziehenden Person weitere Aufklärung zur Höhe der Ansprüche über §§ 60 ff SGB I nicht zu erreichen ist. Die allgemeinen Vorschriften über Mitwirkungsobliegenheiten gelten zwar auch im BEEG (§ 37 Satz 1 iVm § 68 Nr 15 SGB I), allerdings nur für die Dauer des Sozialleistungsverhältnisses (*vgl Krauß in Roos/Bieresborn/Kaltenstein, MuSchG/BEEG, 3. Aufl 2026, § 8 BEEG Rd-Nr 13*), also bis zum Ende des Leistungsbezugs. Für nachgehende Mitwirkungsobliegenheiten, wie sie etwa bei der endgültigen Entscheidung über vorläufig bewilligte Leistungsansprüche erforderlich sind, bedurfte es daher besonderer Anordnungen (*vgl zur vergleichbaren Situation nach Ablauf von Bewilligungszeiträumen mit vorläufig bewilligten Leistungen in § 41a Abs 3 Satz 2 SGB II Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch - Rechtsvereinfachung vom 5.2.2016, BR-Drucks 66/16, S 57*).

- 65 Daher ist schon zweifelhaft, ob es ihm Rahmen des § 8 Abs 1 BEEG überhaupt auf Einschränkungen von Mitwirkungsobliegenheiten ankommen kann, etwa durch Übertragung der Maßstäbe des § 65 SGB I oder Anwendung des auch § 65 SGB I zugrundeliegenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. *BSG Urteil vom 28.3.2016 - B 4 AS 42/12 R - BSGE 113, 177 = SozR 4-1200 § 60 Nr 3, RdNr 20*). Anders als § 41a Abs 3 Satz 2 SGB II ordnet § 8 Abs 1 BEEG die entsprechende Anwendbarkeit von § 65 SGB I jedenfalls nicht ausdrücklich an. Ob und in welchem Umfang dem Kläger die unterlassene Mitwirkung durch Vorlage einer bezugszeitraumbezogenen Gewinnermittlung unzumutbar hätte sein können - wofür nach den vom LSG festgestellten Angaben des Steuerberaters zur auch nachträglichen Erstellbarkeit eines entsprechenden Betriebsvermögensvergleichs nichts spricht - kann jedoch dahingestellt bleiben. Die Schutzfunktion des § 65 SGB I beschränkt sich auf die Regelung des § 66 SGB I (*Voelzke in jurisPK-SGB I, 4. Aufl 2024, § 65 RdNr 65, Stand 6.11.2024; zum Verhältnis von Mitwirkungsobliegenheiten und Beweislastentscheidung Senatsurteil vom 14.12.2023 - B 10 KG 1/22 R - SozR 4-5870 § 1 Nr 5 RdNr 33 f; BSG Urteil vom 19.2.2009 - B 4 AS 10/08 R - juris RdNr 21; BSG Urteil vom 29.6.2021 - B 12 KR 2/20 R - BSGE 132, 245 = SozR 4-2500 § 10 Nr 13, RdNr 33*). Trotz des Vorliegens der Voraussetzungen von § 65 SGB I kann der Leistungsanspruch nach den Grundsätzen der materiellen Beweislast abgelehnt werden, wenn sich der Sachverhalt nicht weiter aufklären und deshalb das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nicht feststellen lässt (vgl. *Voelzke in jurisPK-SGB I, 4. Aufl 2024, § 65 RdNr 65, Stand 6.11.2024*). Das gilt erst Recht im Kontext einer abschließenden Entscheidung über den Leistungsanspruch nach Ablauf des Bezugszeitraums, in dem die in § 66 SGB I vorgesehenen Instrumente der Versagung und Entziehung ins Leere laufen.
- 66 7. Die Entscheidung des LSG, die Höhe des Elterngelds auf den Mindestbetrag von 300 Euro monatlich nach § 2 Abs 4 BEEG festzusetzen, ist nicht zu beanstanden. Der Kläger hat bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung keine vollständige Gewinnermittlung, die mindestens den Anforderungen des § 4 Abs 3 EStG entspricht, vorgelegt und auch aus den vorinstanzlich vorgelegten Unterlagen ist eine Gewinnermittlung für die Bezugsmonate nicht möglich.
- 67 Nach § 2 Abs 3 Satz 1 BEEG aF wird für Monate nach der Geburt des Kindes, in denen die berechtigte Person ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat, das durchschnittlich geringer ist als das Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt, Elterngeld in Höhe des nach Abs 1 oder 2 maßgeblichen Prozentsatzes des Unterschiedsbetrags dieser Einkommen aus Erwerbstätigkeit gezahlt. Nur ein im Vergleich zum Bemessungszeitraum geringeres Einkommen aus Erwerbstätigkeit begründet erst den Zahlungsanspruch des Elterngeldberechtigten. Ein geringeres Einkommen aus Erwerbstätigkeit stellt damit eine Tatsache dar, aus der der Elterngeldberechtigte eine ihm günstige Rechtsfolge herleitet.
- 68 Im vorliegenden Fall konnten die in den Bezugsmonaten zu berücksichtigenden Gewinneinkünfte des Klägers aus Sicht des LSG nicht festgestellt werden, indem es ausführt, dass bei Berücksichtigung der monatlichen Gewinne aus dem Einkommensteuerbescheid nicht zwangsläufig auf die [zu] berücksichtigen Gewinneinkünfte im Bezugszeitraum geschlossen werden könne (*S 20 LSG-Urteil*) sowie der Gesellschafterbeschluss vom 30.12.2013 keinen Nachweis dafür darstelle, dass der Kläger im Bezugszeitraum keinen Gewinn erhalten habe (*S 22 LSG-Urteil*). Verfahrensrügen zur Verletzung der Amtsermittlungspflicht (*zum Erfordernis einer entsprechenden Rüge siehe bspw BSG Urteil vom 31.3.2017 - B 12 R 7/15 R - BSGE 123, 50 = SozR 4-2400 § 7 Nr 30, RdNr 14 mwN; BSG Urteil vom 16.12.2008 - B 1 KN 3/08 KR R - BSGE 102, 181 = SozR 4-2500 § 109 Nr 15, RdNr 23*) hat der Kläger im Rahmen der Revisionsbegründung (§ 164 Abs 2 Satz 3 SGG) nicht erhoben. Es spricht auch nichts dafür, dass dem LSG noch weitere Ermittlungsmöglichkeiten offen-gestanden hätten.

- 69 Die Nichtfeststellbarkeit geht zu Lasten des Klägers. Lassen sich nach Ausschöpfung aller vernünftigerweise zur Verfügung stehenden Ermittlungsmöglichkeiten (*vgl hierzu BSG Urteil vom 8.9.2010 - B 11 AL 4/09 R - juris RdNr 21 mwN*) und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens zu gewinnenden Überzeugung (§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG) entscheidungserhebliche Tatsachen nicht feststellen, kommt es auf die objektive Beweislast an. Danach geht die Unerweislichkeit einer Tatsache im Zweifel zu Lasten des Beteiligten, der aus ihr eine ihm günstige Rechtsfolge herleitet. Wie sich die objektive Beweislast verteilt, ist der für den Rechtsstreit maßgeblichen Norm zu entnehmen. Dabei sind nicht nur der Zweck der Norm, sondern auch ihre Stellung sowie Erfordernisse wirksamen Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Anhaltspunkte für die Abgrenzung bieten so unterschiedliche Kriterien wie Regel und Ausnahme, die Zumutbarkeit der Belastung mit einem Beweismachtteil und der Zurechenbarkeit der Ungewissheit bzw Unauflärbarkeit zur Verantwortungssphäre der einen oder anderen Seite (*stRspr; vgl BSG Urteil vom 29.6.2021 - B 12 KR 2/20 R - BSGE 132, 245 = SozR 4-2500 § 10 Nr 13, RdNr 25 mwN*).
- 70 Unter ergänzender Berücksichtigung des § 8 Abs 1 BEEG aF, der dem Elterngeldberechtigten den Nachweis seines tatsächlichen Einkommens im Bezugszeitraum auferlegt, ist damit dem Kläger als Elterngeldberechtigtem die objektive Beweislast zuzuordnen. Ihm bleibt - insoweit unangegriffen - die von der Beklagten im dritten Schritt zur Ermittlung des tatsächlich zustehenden Zahlungsbetrags vorgenommene Festsetzung des Zahlungsbetrags auf den Mindestbetrag (§ 2 Abs 4 BEEG aF).
- 71 8. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Ergebnis auch im Übrigen (*vgl oben unter 4. b*)) bestehen nicht. Für das Elterngeld, bei dem es sich um eine verfassungsrechtlich nicht gebotene steuerfinanzierte Sozialleistung handelt, die nicht auf entgeltbezogenen Beiträgen des Anspruchsberechtigten beruht und die über die bloße Sicherung des Existenzminimums hinausgeht, ist es dem Gesetzgeber im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GG lediglich verwehrt, seine Leistungen nach unsachlichen Gesichtspunkten - also "willkürlich" - zu verteilen (*BSG Urteil vom 18.3.2021 - B 10 EG 3/20 R - BSGE 132, 14 = SozR 4-7837 § 3 Nr 2, RdNr 47*). Dem Gesetzgeber ist es aber nicht verwehrt, unterschiedliche Einkommensarten unterschiedlich zu behandeln, solange einheitlich das Ziel verfolgt wird, die wirtschaftliche Lebensgrundlage von Familien in der Frühphase der Elternschaft abzusichern und zu ermöglichen, ihre Erwerbstätigkeit einzuschränken, um sich vorrangig der Betreuung des neugeborenen Kindes zu widmen (*BT-Drucks 16/1889 S 19*). Auch Art 6 Abs 4 GG verlangt nur einen Mindestschutz, den die beschriebenen Regelungen des Elterngelds zur Verhinderung von Elterngeldeinbußen wegen Einkommensverlusten durch die Schwangerschaft erkennbar gewährleisten (*BSG Urteil vom 9.3.2023 - B 10 EG 1/22 R - SozR 4-7837 § 2b Nr 6 RdNr 37*). Dies impliziert bei fehlendem Nachweis eines dadurch bedingten Einkommensverlustes die Reduktion auf das Mindestelterngeld, mit dem die Erziehungs- und Betreuungsleistung honoriert wird (*vgl BSG Urteil vom 19.2.2009 - B 10 EG 2/08 R - juris RdNr 29, BSG Urteil vom 25.6.2009 - B 10 EG 8/08 R - BSGE 103, 291 = SozR 4-7837 § 2 Nr 2, RdNr 55; siehe auch Dau, jurisPR-SozR 2/2012 Anm 2*).
- 72 9. Die mit der weiter angegriffenen Verfügung erfolgte und zutreffend auf § 26 Abs 2 BEEG aF iVm § 328 Abs 3 Satz 2 SGB III gestützte Festsetzung der Erstattungsforderung ist rechtmäßig (*zur Heilung einer verfahrensfehlerhaft unterlassenen Anhörung im Widerspruchsverfahren BSG Urteil vom 5.11.1997 - 9 RV 20/96 - BSGE 81, 156, 158 = SozR 3-1300 § 45 Nr 37, juris RdNr 14; aus jüngerer Vergangenheit zB BSG Urteil vom 13.12.2023 - B 6 KA 15/22 R - SozR 4-2500 § 95 Nr 41 RdNr 14*).

73 10. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 Satz 1 SGG.

© Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz
sowie des Bundesamts für Justiz - <https://www.rechtsprechung-im-internet.de>