

06.11.2008

BUNDESSOZIALGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

...

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 2008 durch den Präsidenten Masuch, den Richter Dr. Kretschmer und die Richterin Dr. Brandts sowie die ehrenamtlichen Richter Bungart und Leite

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 26. September 2007 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten über die Höhe des Krankengeldes (Krg).

2

Der Kläger ist Inhaber eines Fliesengeschäftes und als Selbstständiger bei der beklagten Krankenkasse mit Anspruch auf Krg ab dem 15. Tag der Arbeitsunfähigkeit (AU) freiwillig versichert. Nach dem Einkommensteuerbescheid vom 1.7.2004 für das Jahr 2003 erzielte er Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 10 804 Euro. Die Beklagte erhob ab Januar 2005 Mindestbeiträge auf der Grundlage des § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V.

3

Nach dem Eintritt von AU am 24.8.2005 gewährte die Beklagte dem Kläger Krg in Höhe von 20,83 Euro kalendertäglich für die Zeit ab 7.9.2005 (Bescheid vom 7.10.2005). Sie legte der Berechnung die in dem Steuerbescheid für das Jahr 2003 ausgewiesenen Einkünfte zugrunde. Im Widerspruchverfahren übermittelte der Kläger eine betriebswirtschaftliche Auswertung (BWA) seines Steuerberaters für das Jahr 2004 und vertrat ohne Erfolg die Ansicht, dem dort ausgewiesenen Gewinn von 3 737,66 Euro sei ua die Ansparrabschreibung nach § 7g Einkommensteuergesetz (EStG) in Höhe von 12 000 Euro hinzuzurechnen (Widerspruchsbescheid vom 13.4.2006).

4

Mit seiner Klage hat der Kläger die Zahlung von Krg von zusätzlich 27,39 Euro pro Kalendertag verlangt. Unter Berücksichtigung der steuerlichen Abschreibung betrage sein Gewinn im Jahre 2004 16 603,08 Euro. Das Sozialgericht hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 13.12.2006). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen: Das Krg eines freiwillig versicherten hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen bemesse sich nach dem erzielten Arbeitseinkommen und nicht nach dem für die Beitragsbemessung maßgebenden Mindesteinkommen. Für die Ermittlung des Arbeitseinkommens könne der Steuerbescheid des Jahres 2003 nicht herangezogen werden, weil er nicht hinreichend die aktuelle Einkommenssituation wiedergebe. Vielmehr müsse das Einkommen in dem vor dem Eintritt der AU abgelaufenen Kalenderjahr festgestellt werden. Dies führe aber nicht zu einem für den Kläger günstigeren Ergebnis, weil im Jahr 2004 nach der vorgelegten Gewinnermittlung sogar nur ein Gewinn von 3 737,66 Euro erzielt worden sei. Die Ansparrücklage könne nicht Gewinn erhöhend in Ansatz gebracht werden, weil nach § 15 SGB IV das Steuerrecht einschränkungslos für die Ermittlung des sozialversicherungsrechtlichen Arbeitseinkommens maßgebend sei (Urteil vom 26.9.2007).

5

Mit der Revision rügt der Kläger sinngemäß die Verletzung von § 47 SGB V iVm § 15 SGB IV. Das LSG habe das bei der Berechnung des Krg zu berücksichtigende Arbeitseinkommen unzutreffend berechnet. Ihm stehe höheres Krg zu, weil sein als maßgeblich anzusehendes Arbeitseinkommen des Jahres 2004 um die Ansparrücklage zu erhöhen sei. Die Ansparrücklage wirke sich nur als Stundung der Steuerschuld aus, wenn nicht tatsächlich Rücklagen gebildet würden und der Steuervorteil in Anspruch genommen werde. Dieser Betrachtungsweise folge auch die unterhaltsrechtliche Rechtsprechung. Zudem verlange der Zweck des Krg, den Arbeitsausfall des Selbstständigen abzusichern, die Loslösung vom Steuerrecht. Art 3 GG sei verletzt, weil das Krg von Arbeitnehmern – anders als dasjenige der Selbstständigen – ohne Rücksicht auf die steuerliche Belastung berechnet werde.

6

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 26. September 2007 und das Urteil des Sozialgerichts Trier vom 13. Dezember 2006 sowie den Bescheid der Beklagten vom 7. Oktober 2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. April 2006 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm vom 7. September 2005 bis 28. Februar 2006 Krankengeld in Höhe von zusätzlich 27,39 Euro kalendertäglich zu gewähren,

hilfsweise, das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 26. September 2007 aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

7

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

8

Sie hält die angefochtenen Entscheidungen für zutreffend.

II

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Zu Recht hat das LSG die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Er hat in dem Zeitraum vom 7.9.2005 bis 28.2.2006 keinen Anspruch auf höheres Krg.

Nach § 47 Abs 1 Satz 1 SGB V (*idF durch Art 2 Nr 14 Buchst a nach Maßgabe des Art 4 § 2 des Gesetzes vom 1.11.1996, BGBl I 1631*) beträgt das Krg 70 vH des erzielten regelmäßigen Arbeitsentgelts und Arbeitseinkommens, soweit es der Beitragsberechnung unterliegt. Das „erzielte regelmäßige Arbeitsentgelt und Arbeitseinkommen“ in diesem Sinne wird in § 47 Abs 1 Satz 1 SGB V in einem Klammerzusatz als „Regelentgelt“ bezeichnet. Gemäß § 47 Abs 1 Satz 5 SGB V wird das Regelentgelt nach den Absätzen 2, 4 und 6 des § 47 SGB V berechnet und gemäß Satz 6 aaO für Kalendertage gezahlt. Für Versicherte, die – wie der Kläger – nicht Arbeitnehmer sind, gilt nach § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V (*idF durch Art 4 Nr 2 des Gesetzes vom 21.3.2005, BGBl I 818*) als Regelentgelt der kalendertägliche Betrag, der zuletzt vor Beginn der AU für die Beitragsbemessung aus Arbeitseinkommen maßgebend war. Zwar lag der Beitragsbemessung zuletzt vor Eintritt der AU des Klägers nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V (*idF durch Art 5 Nr 11a des Gesetzes vom 24.12.2003, BGBl I 2954*) der vierzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße zugrunde, jedoch ist dieses fiktive Mindesteinkommen nicht für die Berechnung des Krg maßgeblich (dazu 1). Das Krg richtet sich vielmehr nach dem im Jahre 2003 tatsächlich erzielten Einkommen, das der letzten Beitragsbemessung vor Eintritt der AU zugrunde lag (dazu 2). Auf das Arbeitseinkommen im Jahre 2004 ist entgegen der Ansicht des LSG nicht abzustellen; der Kläger hat auch in dem Kalenderjahr, das dem Eintritt der AU unmittelbar vorausging, kein höheres Arbeitseinkommen nachgewiesen, denn die Ansparrücklage nach § 7g EStG erhöht das Regelentgelt nicht (dazu 3). Art 3 Abs 1 GG ist durch die unterschiedliche Berechnung des Regelentgelts bei Selbstständigen und Arbeitnehmern nicht verletzt (dazu 4).

1. Das Krg bemisst sich bei hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen nach dem erzielten Arbeitseinkommen und nicht nach dem für die Beitragsbemessung maßgebenden Mindesteinkommen (*BSGE 92, 260 = SozR 4-2500 § 47 Nr 1; ebenso Bundessozialgericht <BSG>, Urteil vom 7.12.2004 – B 1 KR 17/04 R = USK 2004-61*). Krg kann grundsätzlich nur als Ersatz für diejenigen Einkünfte

beansprucht werden, die der Versicherte vor Eintritt der AU bzw vor Beginn der stationären Behandlung als Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen (tatsächlich) bezogen hat und die wegen der Erkrankung entfallen (*zum Ganzen BSGE 96, 246 = SozR 4-2500 § 47 Nr 4, jeweils RdNr 23 ff, auch zu den Ausnahmen vom strengen Zuflussprinzip; BSG SozR 4-2500 § 47 Nr 8 RdNr 24*). Dies gilt auch für Versicherte, die – wie der Kläger -keine Arbeitnehmer sind. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass ein „Mindest-Krg“ für diesen Personenkreis aus dem Gesetz nicht herzuleiten ist (*wie hier zB Bohlken in juris-PK, SGB V, 2008, § 47 RdNr 90; Gerlach in Hauck/Noftz, SGB V, Stand: September 2008, K § 47 RdNr 157f; aA Biehl, SGB 2004, 678 ff, 738 ff*). Auch der Kläger verlangt ein Mindest-Krg nicht, sondern begehrt die Berechnung des Krg nach seinem tatsächlich erzielten Arbeitseinkommen des Jahres 2004.

12

2. Die für die Ermittlung des Regelentgelts von § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V ausgehende Vermutung ist widerlegt, sodass das konkrete Arbeitseinkommen zu ermitteln ist (dazu a). Dies führt grundsätzlich dazu, dass für die Berechnung des Krg die Einkünfte zugrunde zu legen sind, die nach dem Inhalt des letzten erlassenen Einkommensteuerbescheids tatsächlich erzielt wurden, hier also im Kalenderjahr 2003 (dazu b).

13

a) Bei freiwillig versicherten hauptberuflich Selbstständigen ist das Krg nach § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V im Sinne einer widerlegbaren Vermutung nach dem Regelentgelt zu berechnen, das dem Betrag entspricht, aus dem zuletzt vor Eintritt der AU Beiträge entrichtet worden sind. Denn in den Fällen der fiktiven Beitragsbemessung nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V kann wegen der Entgeltersatzfunktion des Krg grundsätzlich nicht auf das der Beitragsbemessung zugrunde liegende Arbeitseinkommen zurückgegriffen werden. Die Vermutung kann demnach widerlegt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dieses Einkommen erkennbar nicht der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Versicherten vor Eintritt der AU entspricht, weil sein tatsächliches Arbeitseinkommen wesentlich geringer war (*vgl BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7, jeweils RdNr 9, in Abgrenzung zu BSGE 92, 260 = SozR 4-2500 § 47 Nr 1*). Entgegen der Ansicht des LSG umfasst diese Vermutung nicht notwendig nur die Fälle, in denen der Versicherte vor Eintritt der AU Höchstbeiträge unter Berücksichtigung der Beitragsbemessungsgrenze gezahlt hat. Denn die Vermutung basiert auf der Regelung in § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V. Gerade bei der Zahlung von Mindestbeiträgen wird aber regelmäßig Anlass bestehen, vom tatsächlichen Arbeitseinkommen auszugehen, weil dessen Nachweis der Grund für die Zahlung der Mindestbeiträge ist. Wegen der Entgeltersatzfunktion ist die

Höhe des Krg dann auf den Ersatz des tatsächlich entfallenen, nach der Referenzmethode zu berechnenden Arbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens begrenzt (vgl BSGE 92, 260 = SozR 4-2500 § 47 Nr 1, jeweils RdNr 6 ff).

14

Liegt der Beitragsbemessung nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V das Mindesteinkommen zugrunde, bestehen regelmäßig konkrete Anhaltspunkte dafür, dass dieser Betrag, aus dem zuletzt vor Eintritt der AU Beiträge entrichtet worden sind, nicht der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Versicherten vor Eintritt der AU entspricht, weil sein tatsächliches Arbeitseinkommen wesentlich geringer war. Das der Beitragsbemessung zugrunde gelegte und das vor der AU erzielte Arbeitseinkommen fallen in diesen Fällen regelmäßig auseinander. Denn dem nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V errechneten Mindestbeitrag liegt in der Regel ein fiktives Mindesteinkommen zugrunde, das gerade nicht die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des freiwillig Versicherten genau erfasst. Für freiwillige Mitglieder, die hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind, gilt nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V als beitragspflichtige Einnahme für den Kalendertag der dreißigste Teil der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze (§ 223 SGB V), bei Nachweis niedrigerer Einnahmen jedoch (grundsätzlich) mindestens der vierzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße. Der Nachweis der tatsächlich erzielten, niedrigeren Einnahmen, der grundsätzlich durch den Einkommensteuerbescheid erbracht wird, liegt der Krankenkasse mithin in der Regel vor, wenn sie über die Krg-Höhe zu entscheiden hat. Sind die Beiträge vor Eintritt der AU nach dem Mindesteinkommen erhoben worden, muss das vor Eintritt der AU erzielte Arbeitseinkommen konkret ermittelt werden.

15

b) Das Krg richtet sich grundsätzlich nach dem tatsächlich erzielten Einkommen, das der Festsetzung des Mindestbeitrags zuletzt vor Beginn der AU zugrunde lag und dem Einkommensteuerbescheid zu entnehmen ist, hier also nach dem Einkommen im Jahre 2003 (dazu aa). Die Beklagte hat die Höhe des Krg auf dieser Grundlage zutreffend festgestellt (dazu bb).

16

aa) Liegt – wie hier – der Beitragsbemessung ein von dem Finanzamt erlassener Einkommensteuerbescheid zugrunde, ist die konkrete Höhe des Arbeitseinkommens grundsätzlich diesem Bescheid zu entnehmen. Dies gilt

grundsätzlich auch dann, wenn der Steuerbescheid nicht das Kalenderjahr betrifft, das dem Jahr, in dem die AU eintritt, unmittelbar vorausgeht.

17

Die Verknüpfung des Regelentgelts in § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V mit dem Begriff des Arbeitseinkommens und den Grundsätzen der Beitragsbemessung nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V schließt vielmehr ein, dass die tatsächlich erzielten Einnahmen auch bei der Bemessung des Krg nur zeitversetzt berücksichtigt werden. Denn das für die Ermittlung des Regelentgelts maßgebliche Arbeitseinkommen wird in § 15 Abs 1 Satz 1 SGB IV definiert als „der nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus einer selbstständigen Tätigkeit“. Angeknüpft wird demnach an das Einkommensteuerrecht, nach dem das Kalenderjahr der maßgebliche Veranlagungszeitraum ist (*vgl § 25 Abs 1 EStG; BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7, jeweils RdNr 13*). Dies hat zur Folge, dass der nach diesen Vorschriften ermittelte Gewinn aus selbstständiger Tätigkeit vor Schluss eines Kalenderjahres nicht feststeht (*vgl BSGE 79, 133, 138 ff = SozR 3-2500 § 240 Nr 27 S 102 ff*).

18

Dementsprechend werden die Beiträge der freiwillig versicherten hauptberuflich Selbstständigen bei einem Nachweis geänderter Einnahmen nach § 240 Abs 4 Satz 2 und 3 SGB V zukunftsbezogen und die tatsächlich erzielten Einnahmen in der Regel nur zeitversetzt berücksichtigt. Dies ist nicht zu beanstanden. Nur die Erfassung des Einkommens über einen längeren abgelaufenen Zeitraum spiegelt das Arbeitseinkommen eines hauptberuflich Selbstständigen, das monatlich erheblichen Schwankungen unterliegen kann, relativ zuverlässig wider. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird über einen längeren Zeitraum gesehen zutreffend berücksichtigt, denn es erfolgt ein Ausgleich der wechselnden Einnahmen, indem sich sowohl die nachgewiesene Erhöhung der Einnahmen als auch deren nachgewiesene Verringerung für die zukünftige Beitragsfestsetzung jeweils bis zum Nachweis einer Änderung bei der Beitragsberechnung auswirkt (*BSG, Urteil vom 22.3.2006 – B 12 KR 14/05 R –BSGE 96, 119 = SozR 4-2500 § 240 Nr 5, jeweils RdNr 16*).

19

An die Tatsachenermittlungen, die der letzten Festsetzung des Mindestbeitrags vor Eintritt der AU zugrunde lagen, ist aus den gleichen Gründen anzuknüpfen,

die der erkennende Senat bereits für den Regelfall des Rückgriffs auf die Beitragsbemessungsgrundlage in seinem Urteil vom 14.12.2006 (*BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7; vgl auch Beschluss des 1. Senats vom 28.7.2008 – B 1 KR 44/08 B – juris*) dargelegt hat: Bei der Frage, welches Arbeitseinkommen der Versicherte vor Eintritt der AU zuletzt erzielt und damit seine Einkommenssituation geprägt hat, muss berücksichtigt werden, dass der Versicherte typischerweise zur Sicherung seines Lebensunterhalts auf das Krg angewiesen ist und die Bewilligung rasch erfolgen muss. Insoweit können Gesichtspunkte der Praktikabilität und Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Arbeitseinkommens Selbstständiger nicht außer Betracht bleiben. Diesen Gesichtspunkten wird nicht nur Rechnung getragen, wenn gemäß § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V für das Regelentgelt auf die zuletzt vor Eintritt der AU maßgeblich gewesene Beitragsbemessungsgrundlage und damit auf diejenigen Verhältnisse im aktuellen Versicherungsverhältnis abgestellt wird, die anhand einfach festzustellender Tatsachen (letzte Beitragsbemessungsgrundlage) rasch und verwaltungspraktikabel ermittelt werden können (*so BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7, jeweils RdNr 12f*). Ihnen wird auch dadurch Geltung verschafft, dass für die Ermittlung des tatsächlichen Einkommens auf die zuletzt vor Eintritt der AU maßgeblich gewesenen Tatsachen zur Bemessung des Mindestbeitrags zurückgegriffen wird.

20

Die Interessen der Versicherten, die den Mindestbeitrag zahlen, sind nicht wesentlich anders gelagert als diejenigen der übrigen Versicherten. Versicherte, die dauerhaft ein Arbeitseinkommen unterhalb der Beitragsbemessungsgrenze erwirtschaften, dürften regelmäßig ein Interesse daran haben, ihre Beitragslast durch den Nachweis eines geringeren Arbeitseinkommens in dem durch § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V eröffneten Rahmen zu verringern, und damit „einkommensangemessene“ Beiträge zahlen (*BSG, aaO, RdNr 12*). Dies gilt auch für Versicherte, die den Mindestbeitrag zahlen. Denn auch diese Versicherten sind angesichts des dem § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V zugrunde liegenden Jährlichkeitsprinzips der Gefahr ausgesetzt, in dem nächsten Kalenderjahr Beiträge in der Höhe der Beitragsbemessungsgrenze zu zahlen, wenn sie nicht auch für den folgenden Beitragsbemessungszeitraum niedrigere Einkünfte nachweisen.

21

bb) Das Krg ist von der Beklagten auf Grundlage eines Gewinns von 10 804 Euro zutreffend ermittelt worden. Die Berechnung des täglichen Krg in Höhe von 20,83 Euro aus dem täglichen Arbeitseinkommen des Jahres 2003 und die dabei vorgenommenen Abzüge lassen Rechtsfehler nicht erkennen. Sie wird von dem

Kläger auch nicht angegriffen, sodass die Berechnung im Übrigen keiner näheren Begründung bedarf.

22

3. Der Kläger ist nicht dadurch beschwert, dass die Beklagte – wie dargelegt grundsätzlich rechtmäßig – der Berechnung des Krg das im Jahre 2003 tatsächlich erzielte Einkommen zugrunde gelegt hat, nicht aber das Einkommen des Jahres 2004. Allerdings hätte das im Jahre 2004 erzielte Arbeitseinkommen für die Krg-Berechnung verwendet werden müssen, wenn der Kläger – trotz andauernder Zahlung von Beiträgen nach dem fiktiven Mindesteinkommen – ein gegenüber 2003 höheres Arbeitseinkommen vor Eintritt der AU – nicht notwendig durch einen Steuerbescheid, aber etwa durch hinreichend aussagekräftige Unternehmensunterlagen – nachgewiesen hätte. Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation des Klägers im Jahre 2004 führt jedoch nicht zu einem Anspruch auf höheres Krg, denn der Kläger hat ein höheres Arbeitseinkommen als im Jahre 2003 nicht nachgewiesen. Laut Einkommensteuerbescheid 2003 betrug der Gewinn 10 804 Euro; seine für das Jahr 2004 im Widerspruchsverfahren vorgelegte BWA wies demgegenüber für das Jahr 2004 nur einen Gewinn von 3 737,66 Euro aus. Entgegen der Auffassung des Klägers kann das Arbeitseinkommen nicht um die Ansparrücklage, die seinen Gewinn steuerrechtlich gemindert hat, bei der Ermittlung des für das Krg maßgebenden Einkommens hinzugerechnet werden. Auch insoweit folgt die Ermittlung des Regelentgelts dem Steuerrecht (dazu a). Dies entspricht Sinn und Zweck des Krg (dazu b).

23

a) Wie bereits ausgeführt, erfolgt die Ermittlung des Arbeitseinkommens nach den Grundsätzen des Einkommensteuerrechts. Dies hat der Gesetzgeber insbesondere auch durch die Streichung des früheren Satzes 2 in § 15 SGB IV durch Art 3 Nr 2 Agrarsozialreformgesetz 1995 vom 29.7.1994 (*BGBI I 1890*) deutlich gemacht, nach dem bei der Ermittlung des Gewinns steuerliche Vergünstigungen unberücksichtigt zu lassen und Veräußerungsgewinne abzuziehen waren. Die Ansparrücklage ist eine das Arbeitseinkommen des Klägers im Jahr 2004 mindernde Größe, da sie den Gewinn unter Berücksichtigung des Einkommensteuerrechts gemindert hat.

24

Nach § 7g Abs 3 Satz 1 EStG (*idF der Bekanntmachung vom 19.10.2002 – BGBI*

I 4210 – in der bis zum 17.8.2007 geltenden Fassung; § 7g EStG wesentlich geändert mW vom 18.8.2007 durch Art 1 Nr 11 des Gesetzes vom 14.8.2007 – BGBl I 1912 – Unternehmensteuerreformgesetz: Umgestaltung der Ansparrücklage zu einem Investitionsabzugsbetrag, vgl Kulosa in Schmidt, EStG, 27. Aufl 2008, § 7g RdNr 1) konnten Steuerpflichtige für die künftige Anschaffung oder Herstellung eines Wirtschaftsguts iS des § 7g Abs 1 EStG eine den Gewinn mindernde Rücklage bilden (Ansparrücklage). Wurde die Investition durchgeführt, so musste die Ansparrücklage gemäß § 7g Abs 4 Satz 1 EStG Gewinn erhöhend aufgelöst werden. War die Investition spätestens am Ende des zweiten auf die Bildung der Rücklage folgenden Wirtschaftsjahres noch nicht abgeschlossen, so musste sie ebenfalls Gewinn erhöhend aufgelöst werden (§ 7g Abs 4 Satz 2 EStG; s hierzu Kulosa, aaO, § 7g RdNr 72; Lambrecht in EStG-KompaktKommentar, 7. Aufl 2007, § 7g RdNr 49f; Pinkos, DB 1993, 1688, 1690 ff). Wegen des nicht erfüllten Investitionsversprechens sollte dann ein Gewinnzuschlag nach § 7 Abs 5 EStG die in Anspruch genommenen Steuervorteile wieder ausgleichen (Kulosa, aaO, § 7g RdNr 75). Die Wirkung der Rücklagenbildung hatte zur Folge, dass sie im Jahr der Bildung zu einem buchmäßigen Aufwand führte, unabhängig davon, ob dabei ein Verlust entstand oder ein bestehender Verlust sich erhöhte (§ 7g Abs 3 Satz 4 EStG). Ansparrücklagen stellten demnach eine Rücklage für künftige Investitionen dar. Ihre Bildung verhinderte, dass in bestimmter Höhe erzielte Gewinne besteuert wurden, und führte zu einem Steuervorteil unter der Bedingung, dass spätestens zwei Jahre nach der (eigenkapitalschonenden) Rücklagenbildung investiert wurde. Das Absehen von einer Besteuerung der erzielten Gewinne in Höhe der Ansparrücklage hatte somit eine erhöhte Liquidität des Steuerpflichtigen im Jahr der Bildung der Ansparrücklage zur Folge. Mit dem Ersparten konnte und sollte der Steuerpflichtige investieren (vgl zum Ganzen BSG, 7a. Senat, SozR 4-4300 § 141 Nr 2 RdNr 17).

25

b) Die Berücksichtigung der Ansparrücklage als eine das Arbeitseinkommen mindernde Größe entspricht dem Sinn und Zweck der das Krg betreffenden gesetzlichen Regelungen. Dies gilt zunächst für die Entgeltersatzfunktion des Krg (dazu auch oben 2.a). Die Ansparrücklage wird durch finanzielle Mittel gebildet, die dem Selbstständigen nach seiner eigenen unternehmerischen Entscheidung gerade nicht für seinen Lebensunterhalt zur Verfügung stehen sollen und damit auch nicht durch das Krg zu ersetzen sind. An diese eigenverantwortlich getroffene Entscheidung ist der Kläger gebunden. Die Entscheidung kann der Selbstständige durch Auflösung der Rücklage ändern, die dann sein Arbeitseinkommen erhöhen würde mit der Folge, dass ihm parallel zu der höheren steuerlichen Belastung – bei Eintritt von AU nach der Auflösung – möglicherweise höheres Krg zustünde. Vor- und Nachteile gleichen sich demnach auf längere Sicht aus. Auch verbietet es sich, die Ansparrücklage bei der Bemessung der Beiträge zu Gunsten des freiwillig Versicherten als den Gewinn

mindernd und bei der Berechnung einer an die Beitragsbemessung gekoppelte Leistung wie das Krg – erhöhend in Ansatz zu bringen. Für die konsequente Anbindung an das Steuerrecht spricht demnach auch der Ausschluss von Willkür. Ferner dürfte die mit der Anknüpfung an das Steuerrecht verbundene Verwaltungspraktikabilität (dazu oben 2.b Doppelbuchst aa) gefährdet sein, wenn einzelne Posten der Gewinnermittlung steuerrechtlich und sozialversicherungsrechtlich unterschiedlich zu bewerten wären, ohne dass die Grundsätze des Leistungsrechts dazu zwingen.

26

Zu Recht hat das LSG ausgeführt, dass der Kläger seine Ansicht nicht auf das Urteil des 7a. Senats des BSG vom 5.9.2006 (*SozR 4-4300 § 141 Nr 2*) stützen kann. Die dortige Durchbrechung der Anbindung des Arbeitseinkommens iS des § 15 SGB IV an das Steuerrecht beruht auf den Besonderheiten, die bei der Anwendung des § 141 SGB III zu beachten sind: Bei der Anrechnung von Nebeneinkommen nach § 141 SGB III ist unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck dieser Norm zwingend vorausgesetzt, dass das Arbeitseinkommen während des Leistungsbezugs erarbeitet wird (*BSG, aaO, RdNr 15 ff*). Dies kann auf die Ermittlung des Arbeitseinkommens des Selbstständigen als Berechnungsgrundlage für das Krg nicht übertragen werden.

27

Auch die Berücksichtigung der Ansparrücklage im Unterhaltsrecht folgt Grundsätzen, die bei der Berechnung des Krg nicht angewandt werden können. Denn die Sicherung der familienrechtlichen Unterhaltspflicht zwingt stets zu einem kritischen Blick auf Abschreibungen, mit denen die Unterhaltspflicht auch unterlaufen werden kann (*vgl zu Abschreibungen nach § 7g EStG etwa BGH, Urteil vom 2.6.2004 – XII ZR 217/01, FamRZ 2004, 1177 ff; OLG Hamm, Urteil vom 18.1.2002 – 11 UF 63/01, FamRZ 2002, 885 ff*). Das sagt aber nichts darüber aus, in welchem Umfang und nach welchen Grundsätzen das infolge von AU entfallende Arbeitseinkommen durch die Einkommensersatzleistung Krg auszugleichen ist.

28

4. Die Anbindung des Regelentgelts bei Selbstständigen über den Begriff des Arbeitseinkommens an das Einkommensteuerrecht nach § 47 Abs 1 Satz 1 SGB V iVm § 15 Abs 1 SGB IV widerspricht entgegen der Ansicht des Klägers nicht dem allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art 3 Abs 1 GG. Das entspricht der ständigen

Rechtsprechung des Senats (*vgl zB BSG USK 2004-61; BSGE 92, 260 = SozR 4-2500 § 47 Nr 1, jeweils RdNr 15 ff*). Es beruht auf dem Sachgrund der unterschiedlichen Einkunftsarten, dass sich das Regelentgelt der freiwillig versicherten Selbstständigen nach anderen Grundsätzen bestimmt als dasjenige der Arbeitnehmer.

29

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.