

# Bundessozialgericht

## Urt. v. 25.06.2009, Az.: B 10 EG 8/08 R

---

### Elterngeld: Wenn im letzten Jahr vor der Geburt nicht gearbeitet wurde ...

Hat eine Frau, die ihr viertes Kind zur Welt gebracht hat, im letzten Jahr vor der Geburt nicht sozialversicherungspflichtig gearbeitet, so steht ihr als Elterngeld nur der Mindestbetrag von 375 € monatlich zu. Das BSG widersprach der Rechtsansicht der Mutter, es sei nicht einzusehen, dass sie — als zuvor gut verdienende Arbeitnehmerin — nunmehr auf den Pauschbetrag herabgestuft werde, obwohl sie nur wegen der bereits vorhandenen 3 Kinder mit der Arbeit ausgesetzt habe. Auch ein Verstoß gegen das Grundgesetz liege nicht vor. Anders hätte nur dann entschieden werden müssen, wenn sie im letzten Jahr vor der Geburt des Kindes Elterngeld bezogen hätte, also das 4. Kind (wie hier) nicht erst knapp 3 Jahr nach dem 3. Kind geboren worden wäre.

Quelle: Wolfgang Büser

### Anspruch auf Elterngeld; Berücksichtigung von Elternzeit ohne Elterngeldbezug bei der Bestimmung der zwölf Kalendermonate vor der Geburt bei der Bemessung des Elterngeldes für ein weiteres Kind

**Gericht:** BSG

**Datum:** 25.06.2009

**Aktenzeichen:** B 10 EG 8/08 R

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2009, 23309

**ECLI:** [keine Angabe]

### Verfahrensgang:

vorgehend:

SG Münster - 29.09.2008 - AZ: S 2 EG 63/07

### Rechtsgrundlagen:

§ 1 BEEG

§ 2 BEEG

Art. 3 GG

Art. 6 GG

Art. 72 GG

Art. 74 GG

### Fundstellen:

BSGE 103, 291 - 305

FA 2010, 64

NJW 2010, 10

NJW 2010, 1478-1484

---

# BSG, 25.06.2009 - B 10 EG 8/08 R

## Amtlicher Leitsatz:

1. Das BEEG ist aufgrund der Gesetzgebungskompetenz nach Art 74 Abs 1 Nr 7 iVm Art 72 Abs 2 GG wirksam erlassen worden.

2. Es ist mit dem Grundgesetz vereinbar, dass Elternzeit ohne Elterngeldbezug bei der Bestimmung der zwölf Kalendermonate vor der Geburt, die bei der Bemessung des Elterngeldes für ein weiteres Kind der Einkommensermittlung zugrunde zu legen sind, nicht unberücksichtigt bleibt.

in dem Rechtsstreit

Az: B 10 EG 8/08 R

S 2 EG 63/07 (SG Münster)

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: .....,

gegen

Stadt Münster - Amt für Kinder Jugendliche und Familie,

Hafenstraße 30, 48127 Münster,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: .....

Der 10. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 25. Juni 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. L o y t v e d , die Richter K r u s c h i n s k y und Dr. K n ö r r sowie den ehrenamtlichen Richter H e r r m a n n y und die ehrenamtliche Richterin H e s s e

für Recht erkannt:

## Tenor:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 29. September 2008 wird zurückgewiesen.

Kosten sind auch im Revisionsverfahren nicht zu erstatten.

## Gründe

I

- 1 Die Klägerin beansprucht von der beklagten kreisfreien Stadt höheres Elterngeld.
- 2 Die Klägerin war zuletzt im Januar 2005 erwerbstätig. Am 29.12.1999, 4.3.2002 und 17.11.2004 hatte sie die Kinder N., N. und N. geboren. Am 14.8.2007 gebar sie ihren Sohn F..
- 3 Auf ihren im September 2007 gestellten Antrag bewilligte das Versorgungsamt M. der Klägerin mit Bescheid vom 24.9.2007 Elterngeld für die Zeit vom 14.8.2007 bis 13.3.2008 in Höhe von 375 Euro

monatlich und für die Zeit vom 14.3.2008 bis 13.8.2008 in Höhe von 300 Euro monatlich. Den auf höhere Leistungen gerichteten Widerspruch der Klägerin wies die Bezirksregierung M. - Landesversorgungsamt - mit Widerspruchsbescheid vom 19.11.2007 unter Verweis auf die Berechnungsmodalitäten des § 2 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) zurück.

- 4 Mit ihrer dagegen erhobenen Klage hat die Klägerin die Zahlung von Elterngeld für die Betreuung des Kindes F. unter Zugrundelegung des "im" Januar 2005 erzielten Einkommens beansprucht.
- 5 Durch das zweite Gesetz zur Straffung der Behördenstruktur in Nordrhein-Westfalen vom 30.10.2007 (GVBI NRW 482) sind mit Wirkung zum 1.1.2008 die Aufgaben nach dem BEEG auf die Kreise und kreisfreien Städte übertragen worden.
- 6 Daraufhin hat das Sozialgericht Münster (SG) einen Beteiligtenwechsel auf der Beklagtenseite angenommen. Die Klage hat es durch Urteil vom 29.9.2008 abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Gemäß § 2 Abs 1 Satz 1 BEEG werde Elterngeld in Höhe von 67 Prozent des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit gewährt. In dem nach dieser Vorschrift maßgeblichen Zeitraum habe die Klägerin keine entsprechenden Einkünfte erzielt. Eine Verschiebung des Bemessungszeitraums auf den Januar 2005 sei nach den maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen nicht möglich. Die Klägerin habe nicht gemäß § 2 Abs 7 Satz 5 BEEG vor der Geburt des Kindes F. Elterngeld bezogen. Da sie vor der Geburt auch kein Mutterschaftsgeld erhalten und bei ihr auch keine schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit bestanden habe, lägen die Voraussetzungen des § 2 Abs 7 Satz 6 BEEG für eine Verschiebung des Bemessungszeitraums ebenfalls nicht vor. Wegen des fehlenden Einkommens aus Erwerbstätigkeit bestehe ein Anspruch auf Elterngeld gemäß § 2 Abs 5 BEEG in Höhe von 300 Euro monatlich. Für den Zeitraum vom 14.8.2007 bis 13.3.2008 sei dieser Betrag gemäß § 2 Abs 4 Satz 1 BEEG um 75 Euro monatlich zu erhöhen gewesen.
- 7 Die maßgeblichen Regelungen des BEEG seien mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Beschränkung auf das Elterngeld und die Nichtberücksichtigung der Inanspruchnahme von Elternzeit durch § 2 Abs 7 Satz 5 BEEG sei verfassungsrechtlich unbedenklich.
- 6 Insbesondere liege kein Verstoß gegen Art 3 Abs 1 GG vor. Es sei auch unter Berücksichtigung der Vorgaben des allgemeinen Gleichheitssatzes unbedenklich, dass der Gesetzgeber bei der Höhe des Elterngeldes auf die wirtschaftliche Erwerbssituation der Eltern vor der Geburt des Kindes abgestellt hat. Die Regelungen des BEEG verstießen auch nicht gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht, insbesondere nicht gegen die Richtlinie 79/7 EWG der Europäischen Union. Das BEEG richte sich an die Eltern des geborenen Kindes. Der Gesetzgeber habe bei der Regelung des Elterngeldes gerade berücksichtigt, dass in 95 Prozent der Familien es die Mütter seien, die nach der Geburt des Kindes den Beruf in der Regel zumindest vorübergehend wegen der Betreuung des Kindes aufgäben. Der Gesetzgeber habe dabei die Förderung der Familien durch das Erziehungsgeld als unzureichend angesehen und die Höhe des Elterngeldes einkommensabhängig ausgestaltet, wobei anders als beim Erziehungsgeld die Höhe des Einkommens des anderen Elternteils keinen Einfluss auf die Höhe des Elterngeldes habe. Damit habe der Gesetzgeber beabsichtigt, die partnerschaftliche Teilung von Erwerbs- und Familienarbeit zu erleichtern, um einen Anreiz dafür zu schaffen, nicht allein einem Elternteil die Erwerbsarbeit und dem anderen Elternteil die Betreuungsarbeit zu übertragen. Die von der Klägerin verfolgte Berechnung des Elterngeldes auf der Grundlage des vor Jahren erzielten Verdienstes würde diesen Intentionen jedoch gerade zuwiderlaufen, da sie zu einer Zementierung der diskriminierenden Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt führen würde. Den Vätern würde nämlich jegliche Motivation genommen, die vor der Geburt des Kindes ausgeübte Erwerbstätigkeit aufzugeben und sich um die Betreuung des Kindes zu kümmern, um hierdurch den Müttern den Wiedereinstieg in das Berufsleben zu erleichtern.
- 9 Die Regelungen des BEEG verletzen schließlich auch nicht Art 6 Abs 1 GG . Diese Vorschrift enthalte einen besonderen Gleichheitssatz, der es verbiete, Ehe und Familie gegenüber anderen Lebens- und Erziehungsgemeinschaften schlechter zu stellen. Dieses Benachteiligungsgebot stehe

jeder belastenden Differenzierung entgegen, die an die Existenz einer Ehe oder die Wahrnehmung des Elternrechts in ehelicher Erziehungsgemeinschaft anknüpfe. Die Regelungen des BEEG führten jedoch nicht zu einer Schlechterstellung von Ehe und Familie gegenüber anderen Lebens- und Erziehungsgemeinschaften, da die Leistungsgewährung für sämtliche Anspruchsberechtigten einheitlich geregelt sei. Schließlich sei auch ein Verstoß gegen Art 6 Abs 2 GG nicht gegeben.

- 10** Mit ihrer vom SG im angefochtenen Urteil zugelassenen Sprungrevision, der die schriftliche Zustimmung der Beklagten beigelegt war, rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts. Art 3 GG sei als allgemeiner Gleichheitssatz (Abs 1) aber auch in seiner besonderen Ausprägung als Gebot zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Abs 2) verletzt, denn § 2 Abs 7 BEEG benachteilige bei Mehrkindfamilien - wegen des regelmäßig tatsächlich höheren Einkommens der Väter - typischerweise die Mütter. Zu Unrecht ungleich behandelt ( Art 3 Abs 1 GG ) werde die Kinderbetreuung und -erziehung während des Elterngeldbezugs und die Kinderbetreuung und -erziehung während der Elternzeit. Mit dem Verstoß gegen die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Männern und Frauen verstoße § 2 Abs 7 BEEG auch gegen die Richtlinie 79/7/EWG der Europäischen Union. Schließlich liege auch ein Verstoß gegen Art 6 Abs 1 GG vor.
- 11** Die Klägerin beantragt sinngemäß,  
  
das Urteil des SG Münster vom 29.9.2008 sowie den Bescheid des Versorgungsamtes Münster vom 24.9.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Münster vom 19.11.2007 aufzuheben, soweit höheres Elterngeld als die gewährten Beträge versagt worden ist, und die Beklagte zu verurteilen, das Elterngeld unter Zugrundelegung des bis Januar 2005 erzielten Einkommens zu gewähren.
- 12** Die Beklagte beantragt,  
  
die Revision zurückzuweisen.
- 13** Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.
- 14** Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt ( § 124 Abs 2 SGG ).
- II
- 15** Die Revision ist zulässig.
- 16** Nach § 161 Abs 1 SGG steht den Beteiligten die Revision unter Übergehung der Berufungsinstanz zu, wenn der Gegner schriftlich zustimmt und wenn sie vom SG im Urteil oder auf Antrag durch Beschluss zugelassen wird. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Das SG hat im Urteil vom 29.9.2008 die Revision zugelassen. Daran ist das Bundessozialgericht (BSG) gebunden ( § 161 Abs 2 Satz 2 SGG ). Die Klägerin hat die Revision form- und fristgerecht unter Beifügung der schriftlichen Zustimmungserklärung der Beklagten eingelegt.
- 17** Die Revision ist nicht begründet.
- 18** Das SG ist zu Recht davon ausgegangen, dass bereits während des Klageverfahrens ein Beteiligtenwechsel stattgefunden hat und seit dem 1.1.2008 die beklagte kreisfreie Stadt passiv legitimiert ist.
- 19** § 5 Abs 1 Gesetz zur Eingliederung der Versorgungsämter in die allgemeine Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen (= Art 1 Zweites Gesetz zur Straffung der Behördenstruktur in Nordrhein-Westfalen vom 30.10.2007, GVBl NRW 482 - Eingliederungsgesetz - [EingliederungsG]) hat die den Versorgungsämtern übertragenen Aufgaben nach dem BEEG mit Wirkung vom 1.1.2008 auf die Kreise und kreisfreien Städte übertragen. Durch diesen Wechsel in der

Behördenzuständigkeit ist ein Beteiligtenwechsel kraft Gesetzes eingetreten (vgl dazu BSG SozR 4-1500 § 57 Nr 2 RdNr 4; BSGE 99, 9 = SozR 4-3250 § 69 Nr 6, jeweils RdNr 13 f; BSG, Urteil vom 28.7.2008 - B 1 KR 5/08 R , SozR 4-2500 § 109 Nr 6 RdNr 13, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen), denn allein der im Laufe des Verfahrens zuständig gewordene Rechtsträger kann das von der Klägerin beanspruchte höhere Elterngeld gewähren. Dementsprechend hat sich hier die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage gegen die beklagte Stadt zu richten.

- 20** Wie der 9. Senat des BSG bereits entschieden hat ( Urteile vom 11.12.2008 - B 9 V 3/07 R -, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen, und - B 9 VS 1/08 R -, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen, sowie Urteile vom 23.4.2009 - B 9 VG 1/08 R - und - B 9 SB 3/08 R), verstößt die Übertragung der Aufgaben des Sozialen Entschädigungsrechts einschließlich der Kriegsopferversorgung, der Soldatenversorgung und der Opferentschädigung auf die kommunalen Landschaftsverbände in Nordrhein-Westfalen (vgl § 4 Abs 1 EingliederungsG) sowie die Übertragung der Aufgaben des Schwerbehindertenrechts auf die Kreise und kreisfreien Städte in Nordrhein-Westfalen (§ 2 Abs 1 EingliederungsG) nicht gegen höherrangiges Bundesrecht, insbesondere nicht gegen Vorschriften des GG .
- 21** Für die Übertragung der Aufgaben des BEEG auf die Kreise und kreisfreien Städte durch § 5 Abs 1 EingliederungsG gilt nichts anderes. Diese führen das BEEG im Hinblick auf die Regelung des Art 104a Abs 3 Satz 2 GG im Auftrag des Bundes (Auftragsverwaltung iS des Art 85 GG ) durch, weil nach § 12 Abs 2 BEEG ausschließlich der Bund die Ausgaben für das Elterngeld trägt (vgl auch § 5 Abs 2 EingliederungsG). Nach Art 85 Abs 1 Satz 1 GG bleibt die Einrichtung der Behörden Angelegenheit der Länder, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen. Von diesem Abweichungsrecht hat der Bund hier keinen Gebrauch gemacht. Im Gegenteil hat er durch § 12 Abs 1 Satz 1 BEEG den Landesregierungen und den von ihnen beauftragten Stellen unmittelbar das Recht der Bestimmung der für die Ausführung dieses Gesetzes zuständigen Behörden eingeräumt. Diese Ermächtigung zur Regelung der Zuständigkeit unterhalb eines Landesgesetzes erlaubt selbstverständlich auch eine Zuständigkeitsbestimmung durch Landesgesetz.
- 22** Zutreffend hat das SG die Klage abgewiesen, denn die Klägerin ist durch den angefochtenen Bescheid vom 24.9.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.11.2007 nicht beschwert ( § 54 Abs 2 SGG ). Nach den Vorschriften des BEEG vom 5.12.2006 (BGBl I 2748) steht der Klägerin dem Grunde nach Elterngeld zu. Bei der Berechnung der Höhe des Elterngeldes sind die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zutreffend angewendet worden. Sie lassen die Nichtberücksichtigung der Elternzeit für ein älteres Kind (ohne Elterngeldbezug) bei der Bestimmung des Bemessungszeitraumes nicht zu (2). Insoweit verstoßen sie nicht gegen Verfassungsrecht (3). Ebenso wenig verletzen sie verbindliche Normen des Europarechts (4).
- 23** 1) Anspruch auf Elterngeld hat gemäß § 1 Abs 1 BEEG , wer einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, mit seinem Kind in einem Haushalt lebt, dieses Kind selbst betreut und erzieht sowie keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt. Diese Vorschrift ist erst für nach dem 31.12.2006 geborene Kinder anwendbar (§ 24 Abs 4 Bundeserziehungsgeldgesetz [BERzGG] idF vom 13.12.2006 - BGBl I 2915 - iVm § 27 Abs 1 BEEG ; s dazu BSGE 99, 293 = SozR 4-7837 § 27 Nr 1).
- 24** Dass die Klägerin die Grundvoraussetzungen des § 1 Abs 1 BEEG im Anspruchszeitraum erfüllt, haben alle bisher mit der Sache befassten Stellen angenommen. Zweifel hieran bestehen nicht.
- 25** 2) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist auch die Bestimmung der Leistungshöhe durch die seinerzeit zuständige Versorgungsverwaltung nicht zu beanstanden.
- 26** Nach § 2 Abs 1 BEEG wird Elterngeld in Höhe von 67 Prozent des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1.800 Euro monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. Elterngeld wird mindestens in Höhe von 300

Euro gezahlt ( § 2 Abs 5 BEEG ) und um 10 Prozent, mindestens jedoch um 75 Euro, ua dann erhöht, wenn die berechnete Person mit zwei Kindern, die das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, oder mit drei oder mehr Kindern, die das sechste Lebensjahr noch nicht vollendet haben, in einem Haushalt lebt ( § 2 Abs 4 BEEG ). Nach § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG bleiben Kalendermonate bei der Bestimmung der zwölf für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes zugrunde zu legenden Kalendermonate unberücksichtigt, in denen die berechnete Person vor der Geburt des Kindes für ein älteres Kind Elterngeld bezogen hat, in denen die berechnete Person Mutterschaftsgeld nach der Reichsversicherungsordnung oder dem Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte bezogen hat oder in denen während der Schwangerschaft wegen einer maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückzuführenden Erkrankung Einkommen aus Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise weggefallen ist.

- 27** Der Zuständigkeitsvorgänger der Beklagten hat die Höhe des Elterngeldes der Klägerin auf der Grundlage seiner - von der Klägerin bestrittenen - Rechtsauffassung zu § 2 BEEG rechnerisch richtig festgestellt hat (Basisbetrag zuzüglich Mindestbetrag des Geschwisterbonus bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres des Kindes N. im März 2008; danach nur noch zwei Kinder unter sechs und nur ein Kind unter drei Jahren). Gegenteiliges wird auch von der Klägerin nicht vorgebracht.
- 28** Entgegen der Ansicht der Klägerin ist der Bemessungszeitraum (zwölf Kalendermonate vor dem Monat der Geburt) zutreffend von August 2006 bis Juli 2007 bestimmt worden. In dieser Zeit hat die Klägerin kein eigenes Einkommen erzielt. Dementsprechend hat die Verwaltung den Basisbetrag von 300 Euro ( § 2 Abs 5 BEEG ) und bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres des Kindes N. zusätzlich den sogenannten Geschwisterbonus in Höhe von 75 Euro ( § 2 Abs 4 BEEG ) als Elterngeld bewilligt und ausgezahlt.
- 29** Die Beklagte ist nicht verpflichtet, bei der Festlegung des Bemessungszeitraumes die Elternzeiten der Klägerin nach den Geburten der älteren Kinder unberücksichtigt zu lassen und auf das Einkommen der Klägerin in den zwölf Kalendermonaten bis Januar 2005 zurückzugreifen. Die Sätze 5 und 6 des § 2 Abs 7 BEEG sind vom Wortlaut her eindeutig bestimmt. Sie lassen sich nicht gegen ihren Wortlaut in dem Sinne auslegen, dass auch die Elternzeit für ein älteres Kind, in der die berechnete Person kein Einkommen erzielt hat, unberücksichtigt zu bleiben hat. Dies folgt insbesondere daraus, dass § 2 Abs 7 Satz 5 BEEG den Bezug von Elterngeld für ein älteres Kind erwähnt, die Zurücklegung von Elternzeit ohne den Bezug von Elterngeld oder Erziehungsgeld ( § 15 ff BEEG ; § 15 ff BVerzGG) aber nicht aufführt.
- 30** Die bei unklarem oder nicht eindeutigem Wortlaut zur Auslegung gesetzlicher Bestimmungen heranzuziehenden Gesichtspunkte des Bedeutungszusammenhanges, der Regelungsabsicht, des Sinnes und Zweckes des Gesetzes, der Gesetzeshistorie oder des Gebotes einer verfassungskonformen Auslegung sind hier nicht zu erörtern, denn der eindeutige Wortsinn einer gesetzlichen Vorschrift ist die Grenze jeder Auslegung (Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl 1995, 143 mwN, s Bundesverfassungsgericht [BVerfG], BVerfGE 54, 277, 299 f; 59, 330, 334; 93, 37, 81). Eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut einer gesetzlichen Bestimmung ist nicht möglich.
- 31** Der von der Klägerin gewünschte Gesetzesinhalt lässt sich auch nicht durch richterliche Rechtsfortbildung, insbesondere nicht durch einen Analogieschluss erreichen. Die analoge Anwendung der in § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG ausdrücklich und klar geregelten Ausnahmetatbestände auf den Fall der Elternzeit ohne Einkommen setzte voraus, dass das Gesetz insoweit lückenhaft ist, es also angesichts der erkennbaren Regelungsabsicht des Gesetzgebers "planwidrig" unvollständig ist (vgl dazu Larenz/Canaris, aaO, 191 ff; s BVerfGE 82, 6, 11 ff; 82, 286, 304 f; BSG SozR 3-5868 § 2 Nr 2 S 14; BSG SozR 4-5868 § 85 Nr 1 RdNr 10; BSG SozR 4-5864 § 3 Nr 1 RdNr 17). Eine derartige Lücke weist das BEEG nicht auf.
- 32** Schon anhand des Gesetzgebungsverfahrens zum BEEG wird deutlich, dass der Gesetzgeber allein die in § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG genannten Tatbestände privilegieren und bei der Bestimmung

des für die Bemessung des Elterngeldes maßgebenden Zwölf-Monatszeitraums unberücksichtigt lassen wollte. Der erste Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 20.6.2006 (BT-Drucks 16/1889) enthält in § 2 Abs 1 insoweit nur die Ausnahmetatbestände des Bezuges von Mutterschaftsgeld und der schwangerschaftsbedingten Erkrankung mit Einkommensausfall. Der Tatbestand des Bezuges von Elterngeld ist erst im Verlauf der Beratungen des Bundestags-Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss) in den Gesetzentwurf, und zwar nunmehr in § 2 Abs 7, aufgenommen worden (BT-Drucks 16/2785 S 9), der später so verabschiedet worden ist. Der Sachverhalt der Elternzeit ohne Einkommensbezug war bereits während der Beratung des Gesetzentwurfs durch den Bundesrat aufgrund einer Empfehlung des Bundesrats-Ausschusses für Familie und Senioren vom 26.6.2006 ausdrücklich angesprochen worden (s BR-Drucks 426/1/06, S 6). Er wurde auch im Verlauf der weiteren Beratungen des zuständigen Bundestags-Ausschusses erörtert, aber schließlich nicht als weiterer Ausnahmetatbestand in den Gesetzentwurf übernommen. Dies belegt die vom Ausschuss für seinen Änderungsvorschlag gegebene Begründung vom 27.9.2006. Zu § 2 Abs 7 (Art 1 Nr 1 Buchst a) des Gesetzentwurfs führt der Ausschuss insoweit wörtlich aus: "Die Problematik, dass bei sehr kurzen Geburtenfolgen von bis zu 24 Monaten wegen des Einkommensbezugszeitraums von 12 Monaten vor der Geburt bzw Mutterschutzfrist kein neuer Elterngeldanspruch entstehen kann, wenn Elternzeit in Anspruch genommen wurde, sollte dadurch gelöst werden, dass der Elterngeldbezug aus dem Einkommensbezugszeitrahmens herausgerechnet wird" (BT-Drucks 16/2785, S 34, 37, 38). Schon allein aufgrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass der Bundestags-Ausschuss und später die gesetzgebenden Körperschaften einen weiteren Aufschubtatbestand der Elternzeit ohne Einkommensbezug nicht in das Gesetz aufnehmen wollten.

- 33** Zeiten ohne Einkommensbezug sind zudem bereits im ersten Entwurf des Gesetzes und dann auch in § 2 Abs 5 Satz 2 BEEG berücksichtigt worden. Diese Vorschrift bestimmt in Bezug auf den in § 2 Abs 5 Satz 1 BEEG auf 300 Euro festgelegten Basisbetrag des Elterngeldes, dass dies "auch dann gilt, wenn im maßgeblichen Zeitraum vor der Geburt des Kindes kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt worden ist". Zudem werden die Folgen eines vor der Geburt fehlenden Einkommens bei mehreren Kleinkindern durch den sog Geschwisterbonus gemildert. Diese Regelung trägt gerade den Folgen einer einkommenslosen Elternzeit Rechnung. Sie war bereits im ersten Gesetzentwurf enthalten (§ 2 Abs 4) und ist im Verlauf der Gesetzesberatungen (vgl dazu BT-Drucks 16/2454, S 9, 12 f) durch eine in der Verwaltungspraxis einfacher zu handhabende Bestimmung mit gleicher Zielrichtung ersetzt worden (BT-Drucks 16/2785, 32). Diese Umstände sprechen ebenfalls gegen die Annahme einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes.
- 34** Schließlich wird die Lückenlosigkeit der Ausnahmeregelungen in § 2 Abs 7 BEEG durch den Inhalt des Ersten Gesetzes zur Änderung des BEEG vom 17.1.2009 (BGBl I 61) belegt. Dem § 2 Abs 7 BEEG wurde ein Satz 7 angefügt und darin als weitere Ausnahmetatbestände, die bei Bestimmung der maßgeblichen zwölf Kalendermonate vor der Geburt unberücksichtigt bleiben, das Ableisten des Wehr- und des Zivildienstes genannt. Hätte der Gesetzgeber bei der ursprünglichen Fassung des § 2 Abs 7 BEEG den Tatbestand der Elternzeit entgegen der Regelungsabsicht nur versehentlich nicht in den Wortlaut aufgenommen, hätte er einen solchen Fehler angesichts der bereits vorhandenen Rechtsstreitigkeiten mit der genannten Gesetzesnovelle vom 17.1.2009 korrigieren und eine bis dahin bestehende planwidrige Gesetzeslücke schließen müssen. Dass dies nicht geschehen ist, bestätigt die Annahme, dass der Tatbestand der Elternzeit ohne Elterngeld- und Einkommensbezug bewusst und gewollt nicht in § 2 Abs 7 BEEG aufgenommen worden ist.
- 35** 3) Die Nichtaufnahme des Tatbestandes der Elternzeit ohne Einkommensbezug in den § 2 Abs 7 BEEG ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 36** (a) Das BEEG ist als Bundesgesetz aufgrund der Gesetzgebungskompetenz nach Art 74 Abs 1 Nr 7 GG iVm Art 72 Abs 2 GG wirksam erlassen worden. Entgegen der Kritik von Seiler (NVwZ 2007, 129) hat sich der Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zutreffend auf die og Vorschriften des GG berufen (vgl dazu BT-Drucks 16/1889, S 16). Nach Art 74 Abs 1 Nr 7 GG steht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge zu, wenn die Voraussetzungen des Art 72 Abs 2 GG (Zulässigkeit bundesgesetzlicher Regelung, soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder

Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse dies erforderlich machen) vorliegen. Die Voraussetzungen des Art 74 Abs 1 Nr 7 GG sind ebenso erfüllt (aa), wie die des Art 72 Abs 2 GG (bb).

- 37** (aa) Die Einführung des Elterngeldes mit dem BEEG wird durch den Kompetenztitel konkurrierender Gesetzgebung des Art 74 Abs 1 Nr 7 GG getragen. Das Elterngeld ist als Leistung der öffentlichen Fürsorge im Sinne dieser Norm zu qualifizieren.
- 38** Der Begriff der öffentlichen Fürsorge ist nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre nicht beschränkt auf klassische Sozialleistungen, wie etwa das Unterstützungsminimum der Sozialhilfe, sondern beinhaltet einen deutlich darüber hinausgehenden Anwendungsbereich. Er ist im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip nicht eng auszulegen (Stettner in Dreier, GG, 2. Aufl 2006, Art 74 RdNr 44 mwN). Nach der Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich um einen "verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff" (BVerfGE 81, 156, 186), der alles umfasst, was sich der Sache nach als "öffentliche Fürsorge" darstellt (vgl BVerfGE 97, 332, 341), solange die Leistung nur in ihren wesentlichen Strukturelementen durch einen echten Fürsorgecharakter des Staates geprägt ist (vgl BVerfGE 106, 62, 133; vgl auch Oeter in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl 2005 Art 74 RdNr 64). Dabei kommt es nicht allein darauf an, individuelle Not zu lindern, sondern auch vorbeugend und helfend in einem weiteren, allgemeinen Sinn zu handeln; erfasst sind in diesem Zusammenhang insbesondere auch neue Lebenssachverhalte (so schon BSGE 6, 213, 219; BVerfGE 108, 186, 214). Unter den Begriff der Fürsorge fallen daher zB auch Leistungen in Notlagen "anderer Art", für die es nicht mehr wesentlich darauf ankommt, ob die Betroffenen sich wirtschaftlich selbst helfen können (vgl in diesem Sinne etwa das BVerfGE 42, 263, 282 zum sog Contergan-Gesetz; vgl auch Oeter, aaO), oder aber Leistungen, für die eine persönliche Bedarfslage nur ganz unspezifisch oder typisiert zugrunde gelegt wird, so etwa das Kindergeld, das eine konkrete Bedarfslage nicht voraussetzt (ebenso Degenhart in Sachs, GG, 5. Aufl 2009, Art 74 RdNr 40; Oeter, aaO; vgl iÜ auch Pieroth in Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl 2007, Art 74 RdNr 16 f, mit Verweis auf nicht klassische Sozialleistungen wie das Erziehungsgeld, den Familienlastenausgleich, das Kindererziehungsleistungsgesetz, die Opferentschädigung, die Unterbringung aus fürsorgerischen Gründen uÄ).
- 39** Ausgehend von einem in diesem Maße durchgängig weiten Verständnis des Fürsorgebegriffs in Rechtsprechung und Literatur ist auch das Recht des Elterngeldes und der Elternzeit in seiner Ausprägung durch das BEEG unter § 74 Abs 1 Nr 7 GG zu subsumieren. Dass die Höhe des Elterngeldes sich mit Ausnahme des Basissatzes von 300 Euro monatlich am bisherigen Nettoeinkommen orientiert und daher keine an der konkreten Bedürftigkeit der erziehenden Person ausgerichtete Leistung ist, steht ihrer Einordnung als Leistung der öffentlichen Fürsorge nicht entgegen. Entscheidend ist vielmehr, dass das Elterngeld darauf abzielt, Eltern, die sich im ersten Lebensjahr des Neugeborenen vorrangig der Betreuung ihres Kindes widmen, zu unterstützen (vgl BT-Drucks 16/1889, S 2). In der betreuungs- und zuwendungsintensiven Zeit der ersten 14 Lebensmonate des Kindes will der Staat einen Schonraum für die Familie schaffen und so in dieser Zeit Einkommenseinbrüche bei jungen Familien vermeiden, um deren wirtschaftliche Selbstständigkeit zu erhalten (vgl BT-Drucks 16/1889, S 16). Das Elterngeld stellt folglich eine Hilfe zum Aufbau wie zur Sicherung der Lebensgrundlage junger Familien dar und ist damit einerseits eine Ausgleichsmaßnahme für eine andere als eine (rein) wirtschaftliche Notlage, andererseits aber auch vorbeugende Maßnahme zur Verhinderung künftiger Fürsorgemaßnahmen. Mit diesen Zielen aber ist das Elterngeld eine klassisch fürsorgerische Leistung (ebenso Fuchsloch/Scheiwe, Leitfaden Elterngeld, 2007, RdNr 42; aA Seiler, NVwZ 2007, 129 f).
- 40** (bb) Der Bund hat im Bereich des Kompetenztitels aus Art 74 Abs 1 Nr 7 GG auch nach der sog Föderalismusreform 2006 nur das Gesetzgebungsrecht, soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht ( Art 72 Abs 2 GG idF vom 28.8.2006, BGBl I 2034). Auch dies ist jedoch für das Elterngeld zu bejahen. Die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung ist vorliegend jedenfalls zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich.



- 41 Die "Wahrung der Wirtschaftseinheit" liegt im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtssetzung geht. Unterschiedliche landesrechtliche Regelungen können Schranken oder Hindernisse für den wirtschaftlichen Verkehr im Bundesgebiet errichten und insbesondere die Verteilung des wirtschaftlichen (personellen und sachlichen) Potentials verzerren; auch tatsächliche Verschiedenheiten zwischen den Ländern können der Gesamtwirtschaft in erheblichem Umfang abträglich sein. Der Erlass von Bundesgesetzen zur Wahrung der Wirtschaftseinheit steht folglich dann im gesamtstaatlichen, also im gemeinsamen Interesse von Bund und Ländern, wenn Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen. Dem Gesetzgeber ist dabei ein angemessener Einschätzungsspielraum zuzubilligen, insbesondere weil sich die Einschätzung künftiger Entwicklungen nicht immer eindeutig bestimmen lässt (vgl zu den Anforderungen im Einzelnen BVerfGE 106, 62, 146 ff; 119, 59, 82 ff).
- 42 Gemessen daran ist die Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung hier zu bejahen. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks 16/1889, 16) geht zu Recht davon aus, dass die Neuausrichtung familienpolitischer Leistungen mit dem Ziel der Förderung junger Familien unter Aufrechterhaltung zuvor geschaffener finanzieller Standards zwingend ein Regelungswerk auf Bundesebene erfordert (aA allerdings Seiler, NVwZ 2007, 129, 130). Die Bemessung des Elterngeldes anhand des bisherigen Nettoeinkommens und seine damit verbundene Konzeption als Lohnersatzleistung weicht so erheblich von der vorherigen Ausrichtung familienpolitischer Leistungen an Bedürftigkeitsmaßstäben ab, dass dieser Systemwechsel (vgl BSGE 99, 293 = SozR 4-7837 § 27 Nr 1 jeweils RdNr 19) überhaupt nur durch eine bundeseinheitliche Regelung zu erreichen war. Zudem waren von einer solchen Regelung deutliche Veränderungen im Arbeitsverhalten junger Eltern zu erwarten. Der Gesetzgeber hat insoweit zu Recht darauf verwiesen, dass die Ausgestaltung der Elternzeit und der damit eng zusammenhängenden Elterngeldleistungen unmittelbar Einfluss auf die Erwerbsbeteiligung von Eltern und die damit korrespondierenden Anforderungen, insbesondere an die Arbeitgeber, haben, sich auf diese Auszeiten einzustellen. Hiervon waren in der Tat Auswirkungen für den gesamten deutschen Arbeitsmarkt zu erwarten (BT-Drucks 16/1889, S 17). Durch die voraussichtlich eintretende stärkere Beteiligung der Väter war einerseits mit einer Zunahme der Zahl der Arbeitnehmer in Elternzeit zu rechnen, andererseits war jedoch mit einem spürbaren Absinken der durchschnittlichen Verweildauer in Elternzeit zu rechnen (BT-Drucks, aaO, S 18; vgl hierzu auch ebenso Fuchsloch/Scheiwe, Leitfaden Elterngeld, 2007, RdNr 43, 44). Damit verbunden waren sinkende Qualifikationskosten und ein geringerer Aufwand für Ersatz Einstellungen zu erwarten. Dies aber bedeutete wesentliche Veränderungen für den Arbeitsmarkt und folglich auch die gesamtwirtschaftliche Situation in Deutschland. Zu Recht hat der Bundesgesetzgeber daher ein einheitliches Elterngeld für das gesamte Bundesgebiet geschaffen.
- 43 (cc) Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob sich die Klägerin überhaupt auf eine fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes berufen könnte. Insbesondere bleibt offen, ob die Klägerin aus einem Verstoß gegen grundgesetzliche Kompetenzvorschriften den von ihr geltend gemachten Leistungsanspruch auf Zahlung eines höheren Elterngeldes herzuleiten vermöchte oder ob es bei dann möglicherweise zu erwartenden Nichtigkeitserklärung durch das BVerfG insoweit nicht an der Entscheidungserheblichkeit des geltend gemachten Verfassungsverstoßes für das Ergebnis des vorliegenden Rechtsstreits fehlte (vgl zu diesem im Rahmen von Art 100 Abs 1 GG maßgeblichen Erheblichkeitskriterium Sieckmann in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl 2005, Art 100 RdNr 42).
- 44 (b) Entgegen der Auffassung der Klägerin liegt eine Verletzung des besonderen Gleichbehandlungsgebots des Art 3 Abs 2 GG und des Benachteiligungsverbots des Art 3 Abs 3 GG nicht vor, weil schon deren Schutzbereich nicht betroffen ist. Art 3 Abs 2 GG bestimmt, dass Männer und Frauen gleichberechtigt sind, der Staat die tatsächliche Durchführung der Gleichberechtigung fördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt. Nach Art 3 Abs 3 GG darf niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden. Diese Vorschriften verbieten die geschlechtsbezogene direkte Ungleichbehandlung von Männern und Frauen (Jarass in Jarass/Pieroth, GG Komm, 9. Aufl 2007, Art 3, RdNr 85). Eine Betroffenheit des Schutzbereichs des Grundrechts in der Form der direkten Benachteiligung von Frauen liegt nicht vor, denn § 2 Abs 7

BEEG ist geschlechtsneutral formuliert und richtet sich gleichermaßen an Frauen und Männer.

- 45** Der Schutzbereich des Art 3 Abs 2 und 3 GG erfasst aber auch geschlechtsneutral formulierte indirekte Regelungen, die im Ergebnis aufgrund natürlicher Unterschiede oder gesellschaftlicher Bedingungen überwiegend ein Geschlecht betreffen (BVerfGE 97, 35, 43; 104, 373, 393; 113, 1, 15; Jarass, aaO, RdNr 86 mwN). Die für den Tatbestand einer mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung erforderliche faktisch nachteilige Betroffenheit eines Geschlechts durch eine Regelung (BVerfGE 109, 64, 90) setzt voraus, dass der Anteil der Angehörigen dieses Geschlechts unter den nachteilig Betroffenen erheblich höher ist als unter den von der Regelung Begünstigten (BAGE 72, 64 RdNr 37 mwN; BAGE 76, 90 RdNr 50; BFHE 193, 234 RdNr 19). In neueren Entscheidungen nimmt das BAG unter Bezug auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine mittelbare Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer an, wenn tatsächlich prozentual erheblich mehr Frauen als Männer benachteiligt werden (BAGE 102, 225 RdNr 29). Ob der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung gegeben ist, wird mit Hilfe eines statistischen Vergleichs ermittelt. Verglichen wird die Gruppe, die durch die Anwendung des Kriteriums benachteiligt wird mit der Gesamtgruppe derjenigen, auf die das Kriterium angewendet werden kann. Erhalten danach tatsächlich erheblich weniger Frauen als Männer die Vergünstigung, so wird diese Regelung als "wahrscheinlich geschlechtsbedingt" ausgewiesen. Dass ein Leistungsausschluss überwiegend Frauen trifft, genügt allerdings noch nicht. Vielmehr muss das zahlenmäßige Verhältnis der Geschlechter unter den Begünstigten wesentlich anders sein als das zahlenmäßige Verhältnis unter den Benachteiligten (BAG, aaO, RdNr 30 mwN).
- 46** Die vorliegend zu beurteilende Auswirkung des § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG stellt aus zwei Gründen keine Frauen belastende geschlechtsspezifische Diskriminierung dar.
- 47** (aa) Da das Elterngeld bis zu zwölf Monate, also die über die zwei sog Partnermonate hinaus gehende Leistung fast ausschließlich von Frauen beansprucht wird, sind die Auswirkungen des § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG für Frauen nicht wegen deren Geschlechts benachteiligend. Auch die Vorteile dieser Norm kommen nämlich fast ausschließlich Frauen zugute. Die Klägerin hat unter Hinweis auf die in der BT-Drucks 16/1886 (S 14) gegebene Begründung der Notwendigkeit eines Elterngeldgesetzes vorgetragen, dass in der heutigen gesellschaftlichen Wirklichkeit in 95 Prozent der Familien die Mütter unter zeitweiser Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit sich der Kinderbetreuung widmen. Dem entspricht die weitere Aussage (BT-Drucks 16/1889, S 17), dass der Anteil der Väter in Elternzeit bisher 5 Prozent betrage. Dieser unter Geltung des BErzGG im Jahre 2006 erhobene und darauf bezogene Anteil der Mütter und Väter an der Kindesbetreuung (Elternzeit) wird bestätigt durch den Bericht der Bundesregierung vom 30.10.2008 über die Auswirkungen des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes sowie über die gegebenenfalls notwendige Weiterentwicklung (BT-Drucks 16/10770). Danach ist der Anteil der Väter an den bewilligten Elterngeldanträgen von 7 Prozent im ersten Quartal 2007 auf 13,7 Prozent im zweiten Quartal 2008 gestiegen (BT-Drucks 16/10770, S 19). Berichtet wird weiter, dass (nur) ca ein Drittel der Männer mehr als die zwei Partnermonate beanspruchen (BT-Drucks, aaO). Das bedeutet, dass selbst im zweiten Quartal 2008 mit dem höchsten Väteranteil an Elterngeldbeziehern nur ein Drittel von 13,7 Prozent, also rund 4,6 Prozent, aller Bezieher von Elterngeld für mehr als zwei Monate Männer waren. Entsprechend betrug der Frauenanteil mehr als 95 Prozent.
- 48** Zwar bewirkt § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG bei Betreuung älterer Kinder über das Ende des Elterngeldes hinaus durchaus eine gewisse - durch die Zahlung der Basisbeträge indes gemilderte - Absenkung des Einkommensniveaus der Frauen und Mütter. Da in mehr als 95 Prozent der Familien entsprechend der Kinderbetreuung die Mütter das für einen Elternteil auf zwölf Monate begrenzte Elterngeld (s § 4 Abs 3 Satz 1 BEEG ) in Anspruch nehmen, betreffen die von der Klägerin beklagten nachteiligen Wirkungen des § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG ebenfalls fast ausschließlich Frauen. Somit kann eine geschlechtsbezogene Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern nicht vorliegen.
- 49** § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG benachteiligt somit nicht Frauen gegenüber Männern, sondern typischerweise Frauen ohne Einkommen vor der Geburt gegenüber Frauen mit entsprechendem Einkommen und Frauen, die vor der Geburt wegen der Betreuung älterer Kinder Elterngeld bezogen

haben. Dabei handelt es sich aber um Ungleichbehandlungen, die allein nach dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GG zu beurteilen sind (dazu unten), nicht jedoch um geschlechtsspezifische Diskriminierungen.

- 50** bb) Selbst wenn das Zahlenverhältnis der Geschlechter bei den durch das Elterngeld Begünstigten außer Betracht bleibt, lässt sich nicht feststellen, dass in der Gruppe der Männer ein erheblich höherer Anteil von den Regelungen in § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG profitiert als in der Gruppe der Frauen. Gegen eine stärkere Benachteiligung von Frauen spricht schon, dass von den Begünstigungstatbeständen des Bezuges von Mutterschaftsgeld sowie des schwangerschaftsbedingten Ausfalls von Einkommen nur Frauen betroffen sein können. Zudem sind hinsichtlich der Auswirkungen der vorherigen Elternzeit ohne Elterngeldbezug unabhängig von der Höhe ihres Einkommens Männer in gleicher Weise betroffen wie Frauen. Wenn diese Männer - wie die Klägerin - ein älteres Kind über das Ende des Elterngeldes hinaus ohne Bezüge betreut haben und das nächstgeborene Kind ebenfalls betreuen wollen, werden sie in den letzten zwölf Monaten vor dem Monat der Geburt des jüngsten Kindes ebenfalls kein berücksichtigungsfähiges Einkommen vorweisen können.
- 51** (c) Auch die von der Klägerin behauptete Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art 3 Abs 1 GG liegt nicht vor. Eine Diskriminierung der Mehrkindfamilie durch § 2 Abs 7 BEEG (so allerdings Salaw-Hanslmaier, ZRP 2008, 140) besteht nicht (vgl dazu bereits BSG, Urteile vom 19.2.2009 - B 10 EG 1/08 R - und B 10 EG 2/08 R -).
- 52** Art 3 Abs 1 GG ist verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie eine ungleiche Behandlung rechtfertigen können (sog neue Formel BVerfGE 55, 72, 88; 76, 256, 329; 112, 50, 67 = SozR 4-3800 § 1 Nr 7 RdNr 55; BSG, Urteil vom 23.1.2008 - B 10 EG 5/07 R - unter Hinweis auf BVerfGE 101, 239, 270). Umgekehrt verbietet Art 3 Abs 1 GG auch die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichen, insbesondere die Gleichbehandlung einer Gruppe von Normadressaten mit einer anderen, obwohl zwischen beiden Gruppen gewichtige Unterschiede bestehen, die deren Gleichbehandlung verbieten (Jarass in Jarass/Pieroth, GG Komm, 9. Aufl 2007, Art 3 RdNr 5 mwN). Dabei legt das Bundesverfassungsgericht je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal einen unterschiedlich strengen Prüfungsmaßstab an (vgl zusammenfassend BVerfGE 88, 87, 96 f; 105, 73, 110 = SozR 3-1100 Art 3 Nr 176).
- 53** Durch § 2 Abs 7 BEEG wird die Klägerin in ihrer besonderen Situation gegenüber Personen gleich behandelt, die vor der Geburt des Kindes kein oder nur ein geringes Einkommen aus Erwerbstätigkeit hatten, obwohl sie nicht durch die Erziehung bzw Betreuung eines anderen Kindes an der Erzielung eines (höheren) Einkommens gehindert waren (aa). Ungleich behandelt wird die Klägerin gegenüber Personen, die unmittelbar vor der Geburt des weiteren Kindes (insbesondere für 12 Monate) Erwerbseinkommen hatten (bb). Schließlich ergibt sich eine Ungleichbehandlung auch gegenüber Personen, die innerhalb des maßgeblichen Zwölfmonatszeitraums ein geringeres oder kein Einkommen hatten, bei denen indes die Gründe dafür dadurch besonders behandelt werden, als diese Zeiten gemäß § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG nicht berücksichtigt werden und dadurch der Zwölf-Monatszeitraum zurückverlegt wird (cc).
- 54** (aa) Die Gleichbehandlung der Klägerin mit Personen, die vor der Geburt des Kindes kein Einkommen hatten, ohne durch die Betreuung eines älteren Kindes an der Einkommenserzielung gehindert gewesen zu sein, ist sachlich gerechtfertigt. Beide Personengruppen hatten kein - ersatzfähiges - zu berücksichtigendes Einkommen, sodass sie in gleicher Weise nur Anspruch auf den Basisbetrag des Elterngeldes haben. Allerdings ist die Personengruppe, der die Klägerin angehört, dadurch hervorgehoben, dass bei ihr zusätzlich Anspruch auf den Geschwisterbonus bestehen kann. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung der Betreuungsleistung für das ältere Kind ist von Verfassungs wegen nicht geboten.
- 55** Grundsätzlich rechtfertigt sich die Gleichbehandlung der Klägerin mit Personen, die ohne

erziehungsbedingte Gründe vor der Geburt des Kindes kein Einkommen hatten, schon aus dem Charakter des Elterngeldes als Einkommensersatz. Durch das BEEG hat der Gesetzgeber einen Systemwechsel gegenüber dem BErzGG vorgenommen. Während das Erziehungsgeld nach § 1 BErzGG eine von der Bedürftigkeit der antragstellenden Person abhängige Leistung (§ 4 Abs 1, § 5 Abs 3 BErzGG) in pauschaler, nach oben begrenzter Höhe (nach § 5 Abs 1 BErzGG monatlich 450 Euro und 300 Euro) war, ist das Elterngeld nach dem BEEG über den Basisbetrag von 300 Euro und den Basisgeschwisterbonus von 75 Euro hinaus als Leistung ausgestaltet, die das vor der Geburt liegende Einkommen der antragstellenden Person bis zum Höchstbetrag von 1.800 Euro (§ 2 Abs 1 BEEG) ersetzt (BSG, Urteil vom 23.1.2008 - B 10 EG 5/07 R - BSGE 99, 293 = SozR 4-7837 § 27 Nr 1, jeweils RdNr 19; s insgesamt Darstellung von Pauli in Hambüchen, BEEG - EStG - BKGG Komm, § 2 BEEG RdNr 2; Jung, SGB 2007, 449; Fuchsloch/Scheiwe, Leitfaden Elterngeld, RdNr 31, 33). Den Basisbeträgen kommt dabei ersichtlich der Zweck einer einheitlichen Honorierung der Erziehungs- und Betreuungsleistungen zu (Fuchsloch/Scheiwe, aaO, RdNr 43), was durch § 2 Abs 6 BEEG, wonach bei Mehrlingsgeburten das Elterngeld um je 300 Euro erhöht wird, untermauert wird. Die über die Basisbeträge hinausgehenden Leistungen sind dagegen am vorherigen Einkommen orientiert und sollen dieses ersetzen, wobei im Elterngeldzeitraum weiterlaufende Einnahmen, etwa aus einer Teilzeitbeschäftigung, gemäß § 2 Abs 3 BEEG angerechnet werden. Bei dieser Zwecksetzung kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob die Höhe des Einkommens im Bemessungszeitraum durch die Betreuung eines älteren Kindes beeinflusst worden ist.

- 56** (bb) Die Ungleichbehandlung der Klägerin gegenüber Personen, die vor der Geburt des weiteren Kindes wieder Erwerbseinkommen hatten, ist ebenfalls sachlich gerechtfertigt. Die unterschiedliche Behandlung ergibt sich auch hier zwanglos aus der Funktion des Elterngeldes als Einkommensersatz. Die Vergleichsgruppe hatte vor der Geburt Einkommen, die Klägerin nicht. Eine Gleichbehandlung kann sie nur insoweit beanspruchen, als das Elterngeld der Honorierung von Erziehungs- und Betreuungsleistungen dient. Dem trägt die Gewährung der Basisbeträge Rechnung.
- 57** Eine andere Betrachtung ist auch nicht deswegen geboten, weil die Klägerin angesichts der erst kurz vor seinem Inkrafttreten am 1.1.2007 erfolgten Verkündung des BEEG im Bundesgesetzblatt am 5.12.2006 keine Möglichkeit hatte, ihre Familienplanung an den Vorschriften des BEEG auszurichten, indem sie die Geburt des weiteren Kindes verschob und zunächst ihre Erwerbstätigkeit wieder aufnahm, um ein durch Elterngeld ersatzfähiges Einkommen zu erzielen.
- 58** Der Gesetzgeber hatte bei dem Systemwechsel vom bedarfsabhängigen Erziehungsgeld hin zum Einkommen ersetzenden Elterngeld den Übergang für Personen zu bewältigen, die sowohl unter Geltung des BErzGG als auch unter Geltung des BEEG Kinder geboren haben. Dabei hat er sich in zulässiger Weise einer Stichtagsregelung bedient (BSGE 99, 293 = SozR 4-7837 § 27 Nr 1, jeweils RdNr 14 ff), die Geburten bis zum 31.12.2006 von dem Genuss des Elterngeldes ganz ausschloss und dessen Zahlung ausschließlich für Geburten ab dem 1.1.2007 vorsah. Eine ausdrückliche Übergangsregelung für Fälle, in denen ein Kind vor und das andere nach dem Stichtag geboren worden sind, hat der Gesetzgeber nicht geschaffen und diesen Übergang der Anwendung des BEEG nach dem sog Leistungsfallprinzip (BSGE, aaO, RdNr 20 mwN) überlassen. Damit stehen alle nach dem BEEG anspruchsberechtigten Personen nicht anders, als wenn das Elterngeld nicht das Erziehungsgeld abgelöst hätte, sondern als Geldleistung erstmals eingeführt worden wäre. Ebenso wie die Stichtagsregelung selbst ist auch die dadurch bedingte Ungleichbehandlung von Personen, die ein Kind bereits vor der Einführung des Elterngeldes bekommen haben, gegenüber Personen, bei denen alle Geburten nach der Einführung des Elterngeldes liegen, mit dem GG vereinbar. Immerhin kommen Personen wie die Klägerin in den Genuss von Elterngeld, die zuvor mangels Bedürftigkeit keinen Anspruch auf Erziehungsgeld hatten.
- 59** (cc) Soweit die Klägerin eine Ungleichbehandlung gegenüber Personen sieht, die in unmittelbarem Anschluss an die Zeit des Bezuges von Elterngeld ein weiteres Kind bekommen, folgt deren Rechtfertigung ebenfalls aus dem Gesetzeszweck des Elterngeldes als Einkommen ersetzender Leistung. Das Gesetz bedient sich dabei der klassischen Technik der Einkommensersatzleistungen im Sozialversicherungsrecht, im Recht der Arbeitslosenversicherung und auch im sozialen

Entschädigungsrecht, nämlich die Leistung nach einem bestimmten Prozentsatz auf der Grundlage des Einkommens in einem definierten Zeitraum vor Eintritt des Versicherungs- bzw. Versorgungsfalles zu berechnen. Dementsprechend bemisst sich das Elterngeld nach dem Einkommen in den letzten zwölf Monaten vor der Geburt des Kindes. Zudem berücksichtigt das Gesetz gemäß § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG besonders schutzwürdige Situationen bei relativ rascher Geburtenfolge in angemessener Weise, indem die betreffenden Zeiten (zB des Bezuges von Mutterschaftsgeld und Elterngeld) bei der Festlegung des Bemessungszeitraumes ausgeklammert werden.

- 60** Wenn der Gesetzgeber eine Elternzeit ohne Elterngeldbezug (maximal bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes - § 15 Abs 2 BEEG -) insoweit nicht von der Berücksichtigung ausgenommen hat, lag dies innerhalb seines gesetzgeberischen Gestaltungsermessens bei der Gewährung familienfördernder Leistungen (s BSG SozR 3-7833 § 6 Nr 13 S 80 und § 6 Nr 16 S 92). Er durfte auf die unterschiedliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der berechtigten Personen abstellen (Brosius-Gersdorf, NJW 2007, 177, 180, 181). Die Personengruppe, die nach dem Bezug von Elterngeld noch Elternzeit in Anspruch nimmt, verzichtet zugunsten der weiteren Erziehung des Kindes auf ein mögliches Einkommen aus Erwerbstätigkeit. Sie kann dies nur tun, weil ihr Unterhalt in dieser Zeit anderweitig, etwa durch das Einkommen des Ehe- oder Lebenspartners, gesichert ist. Es ist daher sachlich gerechtfertigt, wenn es das Gesetz für diese Personengruppe bei der Zweckbestimmung des Elterngeldes als Einkommensersatz belässt und ihr das Elterngeld nur in Höhe des Basisbetrages zur Verfügung stellt. Die so an die unterschiedliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Vergleichsgruppen anknüpfende und danach differenzierende gesetzliche Regelung ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.
- 61** (d) Ein Verstoß des § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG gegen das aus Art 6 Abs 1 GG herzuleitende Gebot der Förderung der Familie und der damit begründeten allgemeinen Pflicht des Staates zu einem Familienlastenausgleich (vgl BVerfGE 111, 160, 172) ist ebenfalls nicht festzustellen. Wie der erkennende Senat bereits entschieden hat, verstößt die Stichtagsregelung, die Eltern ganz von dem Bezug des Elterngeldes für vor dem 1.1.2007 geborene Kinder ausschließt, nicht gegen Art 6 Abs 1 GG, weil auch das Erziehungsgeld einen ausreichenden Familienlastenausgleich bewirkt (Urteil des BSG vom 23.1.2008, aaO, RdNr 28). Dies gilt erst recht für Personen, die im Hinblick auf das anrechenbare Familieneinkommen keinen Anspruch auf Erziehungsgeld gehabt hätten, nach neuem Recht aber - wie die Klägerin - Elterngeld von bis zu 375 Euro pro Monat erhalten. Die im Rahmen des § 2 Abs 7 Satz 5 und 6 BEEG gerechtfertigte Ungleichbehandlung schließt zugleich einen Verstoß gegen Art 6 Abs 1 GG aus, denn auch nach dieser Verfassungsnorm ist es dem Gesetzgeber erlaubt, bei der Ausgestaltung familienpolitischer Leistungen die unterschiedliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen.
- 62** Überdies übt das BEEG keinen durch Art 6 Abs 1 GG verbotenen Zwang auf Eltern aus, sondern setzt lediglich Anreize, die familienpolitischen Zielen, aber auch fiskalischen Interessen des Staates dienen (s Seiler, NVwZ 2007, 129, 132). Soweit der Gesetzgeber durch das Fehlen einer Einbeziehung der Elternzeit ohne Einkommen in die Ausnahmeregelungen des § 2 Abs 7 BEEG einen Anreiz dafür geschaffen hat, dass berechtigte Personen nach Ablauf des Elterngeldzeitraumes wieder ihre Erwerbstätigkeit aufnehmen, ist dies bereits aus staatsfiskalischen Gründen gerechtfertigt. Ein Zwang ist darin nicht zu sehen, zumal das gesetzliche Angebot einer Elternzeit bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes bestehen geblieben ist. Wenn Personen, die über den Elterngeldzeitraum hinaus Elternzeit in Anspruch nehmen, wirtschaftliche Nachteile beim Elterngeld für ein weiteres Kind sehen, ist dies hinzunehmen. Eine als solche empfundene finanzielle Härte mildert das BEEG durch die Gewährung des einkommensunabhängigen Basisbetrages zuzüglich Geschwisterbonus ab.
- 63** (e) Anderweitige Verfassungsverstöße sind nicht ersichtlich. Insbesondere kann sich die Klägerin nicht auf einen aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitenden Vertrauensschutz (s dazu Jarass in Jarass/Pieroth, aaO, Art 20 RdNr 75 mwN) berufen, denn ihr wurden durch das BEEG keine Ansprüche genommen, die bei Weitergeltung des BEEG gegeben gewesen wären, sondern neue Ansprüche (auf Elterngeld in Höhe des Basisbetrages zuzüglich Geschwisterbonus) gegeben.

- 64** 4) Schließlich ist nicht ersichtlich, dass die erörterte gesetzliche Konzeption des Elterngeldes und der Elternzeit gegen verbindliche Normen des Europarechts verstoßen könnte. Art 11 Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz ist hier nicht betroffen. Diese Vorschrift schreibt den Mindeststandard für Arbeitsverträge dahin vor, dass die erfassten Arbeitnehmerinnen durch vertragliche Regelungen nicht in ihren Schutzrechten und Ansprüchen, die in den Artikeln 5, 6, 7 und 8 genannt sind, einschließlich der Rechte auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts ua beeinträchtigt werden dürfen. Art 11 Nr 4 Satz 1 Richtlinie stellt es den Mitgliedsstaaten frei, Ansprüche auf die Fortzahlung des Arbeitsentgelts oder eine angemessene Sozialleistung von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig zu machen. Nach Art 11 Nr 4 Satz 2 der Richtlinie darf dabei keinesfalls vorgesehen sein, dass dem voraussichtlichen Zeitpunkt der Entbindung eine Erwerbstätigkeit von mehr als zwölf Monaten unmittelbar vorangegangen sein muss. Selbst wenn man diese Vorschrift gegen ihren Wortlaut auch auf in den Mitgliedsstaaten existierende Sozialleistungen für Frauen bezieht, die nicht mehr schwanger oder Wöchnerin sind und die auch nicht mehr stillen, erfüllt das BEEG die Vorgaben des Art 11 Nr 4 Satz 2 Richtlinie. Der Anspruch auf Elterngeld setzt nämlich nach § 1 BEEG nicht voraus, dass die berechnete Person vor der Entbindung einer Erwerbstätigkeit von mehr als zwölf Monaten nachgegangen sein muss. Der in § 2 BEEG normierte Zwölfmonatszeitraum ist allein relevant für die Höhe des Elterngeldes.
- 65** Ein Verstoß gegen die von der Klägerin genannte Richtlinie 79/7/EWG der Europäischen Union zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit vom 19.12.1978 (ABI Nr L 6/24) scheidet schon deshalb aus, weil noch nicht einmal eine Betroffenheit des Schutzbereichs der das gleiche Ziel verfolgenden Abs 2 und 3 des Art 3 GG (s Art 1 der Richtlinie) vorliegt.
- 66** Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG .

---

Prof. Dr. Loytved  
Kruschinsky  
Dr. Knörr  
Herrmann  
Hesse

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.