

## L 6 EG 7/10

Land

Hessen

Sozialgericht

Hessisches LSG

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

6

1. Instanz

SG Gießen (HES)

Aktenzeichen

S 12 EG 11/09

Datum

02.02.2010

2. Instanz

Hessisches LSG

Aktenzeichen

L 6 EG 7/10

Datum

24.04.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 2. Februar 2010 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander auch für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Zahlung höheren Elterngeldes nach den Vorschriften des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG) streitig. Streitig ist dabei insbesondere, ob der für die Höhe des Elterngelds maßgebliche Bemessungszeitraum aufgrund einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung der Klägerin zu verschieben ist.

Die 1976 geborene Klägerin und Herr C. sind Eltern des 2008 geborenen Kindes D. Sie stellten am 21. Oktober 2008 Antrag auf Elterngeld und legten für die Klägerin einen Bezugszeitraum vom 1. bis 12. Lebensmonat des Kindes fest. Aus den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen und Bescheinigungen ergibt sich, dass sie in der Zeit vom 1. September 2006 bis 31. August 2007 bei der Lebenshilfe E. e.V. als Erzieherin im Anerkennungsjahr versicherungspflichtig beschäftigt war (Arbeitsbescheinigung vom 13. Juni 2007, Bl. 11 Verwaltungsakte) und sich eine Zeit der Arbeitslosigkeit mit Bezug von Arbeitslosengeld I ab dem 1. September 2007 und Bewilligung bis zum 29. Februar 2008 anschloss (Bescheid der Bundesagentur für Arbeit vom 3. September 2007, Bl. 20 der Verwaltungsakte). Der behandelnde Frauenarzt Dr. F. aus F-Stadt bescheinigte für die Zeit vom 7. Februar bis xx. August 2008 erkrankungsbedingte Arbeitsunfähigkeit (Bl. 9 Verwaltungsakte). In der Zeit vom 22. Juli bis yy. August 2008 erhielt die Klägerin nach Bescheinigung einer akuten schweren Erkrankung (Schwangerschaftsbeschwerden bzw. persistierende Hyperemesis gravidarum) durch Dr. F. Leistungen der Haushaltshilfe von der AOK Gießen (Bescheinigung vom 8. September 2008, Bl. 4 Verwaltungsakte). Im Übrigen wurde der Klägerin mangels Erfüllung der Voraussetzungen kein Mutterschaftsgeld gezahlt. Aufgrund ihrer freiwilligen Mitgliedschaft beinhaltete der Krankenversicherungsschutz auch keinen Anspruch auf Krankengeld (Bescheinigungen der AOK Gießen vom 18. März 2008 und 2. September 2008, Bl. 2 und 3 Verwaltungsakte).

Durch Bescheid vom 27. Oktober 2008 bewilligte der Beklagte Elterngeld in Höhe des Sockelbetrages von 300,00 EUR für die ersten 12 Lebensmonate des Kindes vom xx. August 2008 bis yy. August 2009 mit antragsgemäßer Verdopplung des Bezugszeitraumes bei halbem Leistungsbetrag. Der Beklagte führte ergänzend aus, die Klägerin habe im maßgeblichen Bemessungszeitraum der letzten 12 Kalendermonate vor der Geburt des Kindes keine steuerpflichtigen Einkünfte erzielt und der vorherige Beschäftigungszeitraum könne keine Berücksichtigung finden, so dass Elterngeld in Höhe des Mindestbetrages von 300,00 EUR gezahlt werde.

Die Klägerin erhob Widerspruch am 3. November 2008 und machte geltend, sie sei kurz nach Bekanntwerden der Schwangerschaft erkrankt, was für die Zeit ab dem 7. Februar 2008 ärztlich bescheinigt worden sei. Der Bemessungszeitraum müsse deshalb um die Zeit vom 7. Februar bis zum Entbindungstermin am xx. August 2008 vorverlegt werden. Die Erkrankung sei ausschließlich schwangerschaftsbedingt gewesen und sie habe hierdurch Einkommensverluste erlitten. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass sie sich nach Beendigung des Berufsamerkenennungsjahres und Eintritt von Arbeitslosigkeit um eine Stelle als Erzieherin beworben habe. Aufgrund des am 13. Dezember 2007 durchgeführten Vorstellungsgesprächs sei ihr angeboten worden, die Stelle im Januar 2008 anzutreten. Wegen der Erkrankung, die die gesamte Zeit der Schwangerschaft angedauert habe, sei sie gezwungen gewesen, das Stellenangebot abzulehnen, und der Termin für die Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrages sei nicht mehr zustande gekommen. Ergänzend legte die Klägerin einen Ausdruck des entsprechenden Stellenangebotes der Agentur für Arbeit Wetzlar vor. Darüber hinaus übersandte die Klägerin auf

Anforderung des Beklagten eine Bescheinigung von Dr. F. vom 3. März 2009, wonach die Schwangerschaft am 7. Januar 2008 festgestellt worden sei.

Durch Widerspruchsbescheid vom 25. April 2009 wies der Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück und führte zur Begründung aus, als Bemessungszeitraum seien gemäß [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) die letzten 12 Monate vor dem Monat der Geburt zu berücksichtigen. Eine Verschiebung des Bemessungszeitraums in die Vergangenheit sei nicht möglich. Die Klägerin habe ausweislich der vorgelegten Bescheinigung der Krankenkasse kein Mutterschaftsgeld bezogen. Aber auch eine Verschiebung wegen schwangerschaftsbedingter Erkrankung mit der Minderung von Einkünften aus Erwerbstätigkeit komme nicht in Betracht. Insoweit gebe es keine begründeten Nachweise, dass im Bemessungszeitraum eine Erwerbstätigkeit bestanden habe. Eine in Aussicht gestellte Tätigkeit genüge hierbei nicht. Hätte zu Beginn der Schwangerschaft ein solches Arbeitsverhältnis bestanden, wäre zunächst ein Anspruch auf Lohnfortzahlung entstanden, der den Bemessungszeitraum ohnehin nicht verschoben hätte. Unabhängig davon bleibe offen, ob tatsächlich eine feste Zusage hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses bestanden habe. Allein eine Zusage über vorhandene Qualifikation bedeute noch keine konkrete Begründung eines Arbeitsplatzes.

Die Klägerin erhob Klage am 20. Mai 2009 und begehrte Zahlung von Elterngeld unter Zugrundelegung eines Bemessungszeitraumes vom 1. September 2006 bis 31. August 2007 - hilfsweise vom 1. Januar bis 31. Dezember 2007 -. Sie trug erneut vor, im Rahmen des Vorstellungsgesprächs vom 13. Dezember 2007 habe sie eine mündliche Zusage der Arbeitgeber erhalten, den für den 27. Dezember 2007 angesetzten Termin zur Unterzeichnung des Arbeitsvertrages aus gesundheitlichen Gründen jedoch absagen müssen. Für die Verschiebung des Bemessungszeitraumes sei nicht maßgeblich, dass sie die angebotene Stelle nicht angetreten habe. Vielmehr komme es entscheidend darauf an, dass sie durch die entgangene Anstellung Einkommensverluste erlitten habe. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass sie im Rahmen der Beschäftigung als Tagesmutter in einem privaten Haushalt ein monatliches Erwerbseinkommen von 2.061,00 EUR entsprechend Gruppe 9 TVöD erzielt hätte. Ergänzend legte die Klägerin eine ärztliche Bescheinigung von Dr. F. vom 31. Juli 2009 vor, wonach sie in der Zeit vom 7. Februar bis xx August 2008 wegen schwangerschaftsbedingter Hyperemesis nicht arbeitsfähig gewesen sei. Hierzu machte die Klägerin geltend, dass die am 7. Februar 2008 festgestellte schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit bereits vorher vorgelegen habe und insofern eine Rückdatierung auf den 27. Dezember 2007 plausibel sei. Der Bemessungszeitraum sei deshalb zumindest auf die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2007 zu verschieben. In diesem Zeitraum habe sie für vier Monate ab dem 1. September 2007 Arbeitslosengeld I bezogen. Soweit [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) vorschreibe, dass diese vier Monate unberücksichtigt zu bleiben hätten, da Arbeitslosengeld I kein Erwerbseinkommen im Sinne dieser Norm darstelle, wirke dies mittelbar geschlechtsspezifisch frauendiskriminierend, weil 90 % der Bezieher von Elterngeld Mütter seien. Im Übrigen sei allen Bereichen des Sozialleistungsrechts durchgängig der Grundsatz zu entnehmen, dass bei der Berechnung der Sozialleistung bei einem Vorbezug von Arbeitslosengeld I das dem Arbeitslosengeld zu Grunde liegende Bemessungsentgelt und mithin das vorherige Erwerbseinkommen zu berücksichtigen sei. Soweit dies nicht für das Elterngeld gelte, werde die Klägerin in ihren Grundrechten aus [Art. 6 Abs. 2 und Abs. 4](#) Grundgesetz (GG) verletzt. Besonders augenfällig werde diese mütterdiskriminierende Wirkung, wenn die anspruchsberechtigte Mutter im Bemessungszeitraum gerade deshalb einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen könne, weil sie ein oder mehrere vorgeborene Kinder erziehe. Bei verfassungskonformer Rechtsanwendung müsse das dem Arbeitslosengeld I zu Grunde liegende Erwerbseinkommen zur Berechnung des Elterngelds herangezogen werden, so dass der Bemessungszeitraum auf die Zeit vom 1. September 2006 bis 31. August 2007 zu verschieben sei. Weiter gebiete eine verfassungskonforme Rechtsanwendung, dass das für die Zeit vom 1. Januar 2008 bis zur Geburt anzusetzende fiktive Erwerbseinkommen elterngelderhöhend berücksichtigt werden müsse. Neben der Verfassungswidrigkeit von [§ 2 BEEG](#) rügte die Klägerin auch eine Verletzung von Art. 2, 3, 5, 11 Ziff. 2, 13 des Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (CEDAW). Abschließend regte die Klägerin ein Normenkontrollverfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) und zur Vereinbarkeit dieser Norm mit dem CEDAW an.

Demgegenüber trug der Beklagte vor, die Voraussetzungen des [§ 2 Abs. 7 S. 6 2. Alt. BEEG](#) für eine Verschiebung des Bemessungszeitraumes seien nicht erfüllt, weil kein Nachweis über eine schwangerschaftsbedingte Erkrankung vorliege. Festgestellt sei lediglich eine Schwangerschaft ab 7. Januar 2008, die alleine keine Verschiebung zulasse. Auch liege kein Nachweis über einen Einkommensverlust vor, dieser könne auch nicht erbracht werden. Vielmehr könne die Klägerin lediglich auf ein Stellenangebot bzw. Vorstellungsgespräch verweisen, aus dem - trotz günstigem positiven Eindruck - nicht abgeleitet werden könne, dass sie die Stelle bekommen hätte. Dem Elterngeld komme eine Lohnersatzfunktion zu. Es trete, soweit es über das Mindestelterngeld von 300,00 EUR hinausgehe, an die Stelle des vor der Geburt erzielten Einkommens. Bei der Klägerin habe aber vor der Geburt kein Arbeitsverhältnis bestanden und es sei somit auch kein Einkommensverlust eingetreten. Aus diesem Grund habe auch während der Erkrankung kein Anspruch auf Krankengeld bestanden. Der Krankengeldbezug sei jedoch Voraussetzung für eine Verschiebung des Bemessungszeitraumes.

Das Sozialgericht hat durch Urteil vom 2. Februar 2010 die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte habe zutreffend als Bemessungszeitraum die letzten 12 Monate vor der Geburt des Kindes und damit die Zeit vom August 2007 bis Juli 2008 berücksichtigt. Keiner der in [§ 2 Abs. 7 BEEG](#) aufgeführten Verschiebetatbestände sei erfüllt. Weder habe die Klägerin Elterngeld für ein älteres Kind noch Mutterschaftsgeld bezogen. Auch sei es nicht zu einem Einkommenswegfall aufgrund der ab dem 7. Februar 2008 bescheinigten schwangerschaftsbedingten Erkrankung gekommen, denn zu Beginn dieser schwangerschaftsbedingten Erkrankung habe die Klägerin kein Erwerbseinkommen bezogen. Vielmehr habe sie durchgehend bis zum 29. Februar 2008 Arbeitslosengeld I erhalten, welches ebenso wie Krankengeld nicht zu den zu berücksichtigenden Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit im Sinne von [§ 2 BEEG](#) zähle, da dieses nicht der Steuerpflicht unterliege. Nach dem Vorbringen der Klägerin stehe auch fest, dass es im Dezember 2007 nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages gekommen sei, der ihr einen Anspruch auf Erwerbseinkommen gesichert hätte, der dann hätte wegfallen können. Insofern habe sich die Klägerin wegen ihrer begonnenen Schwangerschaft entschlossen, ein Arbeitsverhältnis nicht einzugehen. Ein solcher Lebenssachverhalt sei nicht als Verschiebetatbestand in [§ 2 Abs. 7 S. 6 2. Alt. BEEG](#) aufgeführt. Vielmehr setze die Vorschrift tatbestandlich die krankheitsbedingte Einbuße von Arbeitsentgeltzahlungen aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis voraus, was sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes ergebe, denn wegfallen könne nur ein Anspruch, der bereits vorhanden gewesen sei bzw. bestanden habe. Soweit die Klägerin geltend gemacht habe, [§ 2 Abs. 7 S. 6 BEEG](#) sei zu eng und insoweit unter Verstoß gegen grundgesetzliche Vorschriften gefasst, fehle es an einer entsprechenden Begründung. Die Auffassung der Klägerin sei für das Gericht auch nicht nachvollziehbar. Insofern widerspreche die Gleichstellung eines fiktiven Einkommensverlustes mit einem tatsächlichen Einkommensverlust infolge schwangerschaftsbedingter Erkrankung der Konzeption des BEEG, wonach es grundsätzlich auf die tatsächlichen finanziellen Verhältnisse der Eltern vor dem Zeitpunkt der Geburt ankomme. Auch die Praktikabilität der Rechtsanwendung stehe der Überlegung der Klägerin entgegen, da ansonsten möglich gewesene Arbeitsverhältnisse im Einzelnen aufwändig zu ermitteln seien. Weiter schließe sich das Gericht

auch dem Rechtsstandpunkt der Klägerin nicht an, wonach [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) im Hinblick auf die Nichtberücksichtigung von Arbeitslosengeld als Einkommen bzw. des zu Grunde liegenden Bemessungsentgelts gegen [Art. 6 Abs. 2 u. Abs. 4 GG](#) verstoße. Soweit der Gesetzgeber lediglich steuerpflichtige Einkünfte aus Erwerbstätigkeit für die Berechnung der Höhe des Elterngeldes habe erfassen wollen und hierzu Krankengeld und Arbeitslosengeld nicht zählten, begegne dies keinen Bedenken. Insofern sei in der Gesetzesbegründung zum BEEG im Einzelnen dargelegt, dass im Rahmen der Elterngeldberechnung nicht das allgemeine Erwerbsrisiko, sondern das spezielle Risiko des Erwerbsausfalles durch Schwangerschaft ausgeglichen werden solle (Hinweis auf Bundestagsdrucksache - BT-Drucks. - 16/1889, S. 42). Im Übrigen werde im Falle des Fehlens von steuerpflichtigen Erwerbseinkünften im Bemessungszeitraum in jedem Fall der Mindestbetrag an Elterngeld von 300,00 EUR gezahlt. Die von der Klägerin geltend gemachte Berücksichtigung des Bemessungsentgelts sei im Übrigen ein Maßstab für Lohnersatzleistungen in den Bereichen der gesetzlichen Pflichtversicherung. Um eine solche Leistung handele sich bei dem Elterngeld nicht. Verbleibe es demnach bei dem von dem Beklagten berücksichtigten Bemessungszeitraum, habe die Klägerin nur im Monat August 2007 ein Bruttoeinkommen in Höhe von 1.200,00 EUR nachgewiesen, so dass sich ein durchschnittliches monatliches Einkommen in Höhe von 100,00 EUR brutto ergebe. Der Mindestbetrag von 300,00 EUR werde hiermit nicht überschritten. Letztlich bestehe kein Anlass für die Vorlage des Rechtsstreits zur Überprüfung einer indirekt frauendiskriminierenden Wirkung der gesetzlichen Regelung des BEEG, da von Arbeitslosigkeit und Krankheit mit Bezug von Lohnersatzleistungen grundsätzlich beide Geschlechter gleichermaßen bedroht seien und es den Eltern grundsätzlich freistehe, welcher Elternteil das Elterngeld in Anspruch nehme.

Gegen dieses der Klägerin am 8. März 2010 zugestellte Urteil richtet sich die am 8. April 2010 vor dem Hessischen Landessozialgericht eingelegte Berufung. Sie begehrt weiterhin die Berechnung der Höhe des Elterngeldes unter Berücksichtigung des dem Arbeitslosengeldbezug zu Grunde liegenden Erwerbseinkommens und des ab dem 1. Januar 2008 nicht erzielten fiktiven Erwerbseinkommens. Die Klägerin trägt vor, das Sozialgericht sei von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen, indem es angenommen habe, zum Zeitpunkt der schwangerschaftsbedingten Arbeitsunfähigkeit sei noch kein Arbeitsvertrag abgeschlossen gewesen. Vielmehr sei es bereits am 13. Dezember 2007 zum Abschluss eines mündlichen Arbeitsvertrages mit den Eltern des zu betreuenden Kindes gekommen. Nach diesem Arbeitsvertrag sei die Betreuungsleistung ab dem 1. Januar 2008 zu erbringen gewesen. Am 27. Dezember 2007 hätte lediglich der Vertrag schriftlich abgefasst werden sollen. Hierzu sei es jedoch infolge der schwangerschaftsbedingten Erkrankung nicht mehr gekommen. Dies ändere jedoch an der Wirksamkeit des mündlich geschlossenen Vertrages nichts. Aufgrund dessen habe ein Anspruch auf Arbeitsentgelt ab dem 1. Januar 2008 bestanden, der infolge schwangerschaftsbedingter Arbeitsunfähigkeit tatsächlich weggefallen sei. Im Übrigen hätte das Sozialgericht, soweit es bezweifelt habe, dass bereits am 27. Dezember 2007 eine schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe, dem insoweit gestellten Beweisantrag nachgehen müssen.

Die Klägerin beantragt,  
das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 2. Februar 2010 aufzuheben und den Beklagten unter Änderung des Bescheids vom 27. Oktober 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. April 2009 zu verurteilen, ihr höheres Elterngeld für die Zeit vom xx. August 2008 bis yy. August 2009 unter Berücksichtigung auch des Bemessungsentgelts für das im Bemessungszeitraum vom 1. August 2007 bis 31. Juli 2008 bezogene Arbeitslosengeld sowie des ab dem 1. Januar 2008 nicht erzielten fiktiven Arbeitsentgelts als Einkommen aus Erwerbstätigkeit zu zahlen,  
hilfsweise,  
für die Berechnung des Elterngeldes die Zeit vom 1. September 2006 bis 31. August 2007 -  
weiter hilfsweise  
vom 1. Januar bis 31. Dezember 2007 - als Bemessungszeitraum zu berücksichtigen.

Der Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsakte des Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143](#) und [144](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte Berufung ist zulässig; sie ist insbesondere form- und fristgerecht gemäß [§ 151 Abs. 1 SGG](#) eingelegt worden.

Die Berufung der Klägerin ist jedoch nicht begründet. Das Sozialgericht hat mit dem angefochtenen Urteil zu Recht die Klage abgewiesen. Der Bescheid des Beklagten vom 27. Oktober 2008 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 25. April 2009 ist nicht zu beanstanden.

Die Klägerin erfüllt zunächst alle Voraussetzungen des [§ 1 Abs. 1 BEEG](#) für den Bezug von Elterngeld während des Bezugszeitraumes der ersten 12 Lebensmonate des am xx. August 2008 geborenen Kindes D., was zwischen den Beteiligten nicht streitig ist. Streitig ist allein die Frage der Berechnung der Höhe des Elterngeldes. Nach [§ 2 Abs. 1 S. 1 BEEG](#) in der bis zum 17. September 2012 geltenden und hier anzuwendenden Fassung (a.F.) wird Elterngeld in Höhe von 67 % des in den 12 Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1.800,00 EUR monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechnete Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. Dabei bleiben gemäß [§ 2 Abs. 7 S. 5 BEEG](#) a.F. bei der Bestimmung der zwölf für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes zu Grunde zu legenden Kalendermonate solche Kalendermonate unberücksichtigt, in denen die berechnete Person vor der Geburt des Kindes Elterngeld für ein älteres Kind bezogen hat. Unberücksichtigt bleiben auch Kalendermonate, 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 ([§ 2 Abs. 7 S. 6 BEEG](#)).

Soweit die Klägerin mit ihrem Hauptantrag begehrt, unter Zugrundelegung des Bemessungszeitraumes der letzten 12 Kalendermonate vor dem Monat der Geburt des Kindes vom 1. August 2007 bis 31. Juli 2008 nicht nur das im Monat August 2007 erzielte Erwerbseinkommen elterngelderhöhend zu berücksichtigen, sondern auch das der Arbeitslosengeldzahlung ab dem 1. September 2007 zu Grunde liegende Bemessungsentgelt sowie ein fiktives Erwerbseinkommen ab dem 1. Januar 2008, kann dem Antrag von vornherein kein Erfolg beschieden

sein. Ausgehend von dem genannten Zeitraum als Bemessungszeitraum wäre zwar das Erwerbseinkommen im August 2007, bei dem es sich um den letzten Monat der versicherungspflichtigen Beschäftigung der Klägerin als Erzieherin im Anerkennungsjahr handelt, zu berücksichtigen. Dies gilt jedoch nicht für das ab dem 1. September 2007 bezogene Arbeitslosengeld bzw. das zu Grunde liegende Bemessungsentgelt. Für eine entsprechende Berücksichtigung fehlt es an jeglicher gesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber hat in [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) für die Berechnung der Höhe des Elterngeldes lediglich Einkommen aus Erwerbstätigkeit im Bemessungszeitraum einbezogen, nicht dagegen Entgeltersatzleistungen wie Arbeitslosengeld. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass die Ausgestaltung des Elterngeldes als Einkommensersatzleistung nicht verfassungswidrig ist und insoweit keine Verletzung von [Art. 3 Abs. 1](#) oder [Art. 6 Abs. 1](#) u. Abs. 2 Grundgesetz (GG) gegeben ist (Nichtannahmebeschluss vom 9. November 2011, [1 BvR 1853/11](#)). Darüber hinaus hat es entschieden, dass durch die Nichtberücksichtigung von Arbeitslosengeld, das im Bemessungszeitraum bezogen worden ist, die Ausgestaltung des Elterngeldes als Entgeltersatzleistung konsequent umgesetzt wird und dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei (Nichtannahmebeschluss vom 24. November 2011, [1 BvR 1457/11](#)). Damit kommt die Berücksichtigung von Bemessungsentgelt, das dem Arbeitslosengeldbezug zu Grunde gelegen hat, unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht. Soweit die Klägerin die Berücksichtigung eines fiktiven Erwerbseinkommens ab dem 1. Januar 2008 (monatlich 2.061,00 EUR entsprechend Gruppe 9 des Tarifvertrages für den Öffentlichen Dienst - TVöD-) begehrt, ist eine entsprechende Rechtsgrundlage ebenfalls nicht ersichtlich. Vielmehr ist für den Fall einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung

mit Wegfall oder Minderung von Einkommen lediglich die Verschiebung des Bemessungszeitraumes möglich, nicht dagegen die Berücksichtigung von Einkommen, das die Klägerin ohne schwangerschaftsbedingte Erkrankung hätte erzielen können.

Auch die von der Klägerin mit ihren Hilfsanträgen geltend gemachten Ansprüche unter Verschiebung des Bemessungszeitraumes auf die Zeit vom 1. September 2006 bis 31. August 2007 bzw. 1. Januar bis 31. Dezember 2007 sind nicht begründet. Abgesehen davon, dass beide Zeiträume nicht mit der Bescheinigung des behandelnden Arztes Dr. F. übereinstimmen, wonach für die Zeit vom 7. Februar bis xx. August 2008 erkrankungsbedingte Arbeitsunfähigkeit bescheinigt worden ist und davon ausgehend eine Verschiebung des Bemessungszeitraumes allenfalls um sechs Monate in Betracht käme (dann Bemessungszeitraum vom 1. Februar 2007 bis 31. Januar 2008), liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Verschiebung bzw. Außerachtlassung der sechs Monate nicht vor. Hierfür sind folgende Erwägungen bedeutsam: Zur Höhe des Elterngeldes ist in der Begründung des ersten Gesetzesentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD ausgeführt, dass die Orientierung des Elterngeldes am individuellen Einkommen es Paaren erleichtern will, in einem überschaubaren Zeitraum auf das höhere Einkommen zu verzichten ([BT-Drucks. 16/1889, S. 15](#)). Weiter enthält die Entwurfsbegründung den Hinweis darauf, dass Eltern die Möglichkeit eröffnet werden soll, ihre Erwerbstätigkeit zu unterbrechen oder einzuschränken, um sich vorrangig der Betreuung ihres neugeborenen Kindes zu widmen ([BT-Drucks. 16/1889, S. 19](#)). Mit einem Elterngeld in Höhe von 67 % des vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten Nettoentgeltes solle die Lebensgrundlage der Familie in dieser Frühphase der Elternschaft abgesichert werden. Neben diesen grundsätzlichen Ausführungen finden sich in den Gesetzesmaterialien nur wenige ausdrückliche Hinweise auf die Motive für die Ausklammerung schwangerschaftsbedingter Krankheitszeiten bei der Berechnung der Höhe des Elterngeldes. Lediglich im ersten Gesetzesentwurf ist in der Begründung zu [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) (der noch teilweise den Wortlaut der späteren Fassung des Abs. 7 enthielt) ausgeführt, dass der Wegfall von Erwerbseinkommen wegen Erkrankung generell nicht anders behandelt werden könne als der Wegfall oder das Fehlen von Erwerbseinkommen aus anderen Gründen wie z.B. der Arbeitsmarktlage oder anderen konkreten Lebensumständen, etwas anderes jedoch in Fällen einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung gelten müsse. Insofern könne das besondere gesundheitliche Risiko Schwangerer diesen bei der Berechnung des Elterngeldes nicht zum Nachteil gereichen ([BT-Drucks. 16/1889, S. 20](#)). Der erste Gesetzesentwurf sah im Falle eines schwangerschaftsbedingten Einkommensausfalls noch vor, für die Berechnung des Elterngeldes auf das in dem der Erkrankung vorangegangenen Kalendermonat erzielte Einkommen aus Erwerbstätigkeit abzustellen. Diese Regelung ist auf Vorschlag des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages durch [§ 2 Abs. 7 BEG](#) neu gefasst und nunmehr geregelt worden, dass Kalendermonate mit Einkommensausfall aufgrund einer maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückzuführenden Erkrankung bei der Bestimmung der 12 für die Einkommensermittlung maßgeblichen Kalendermonate unberücksichtigt bleiben (vgl. [BT-Drucks. 16/2785, S. 9](#)). Sofern weiter in dem Ausschussbericht bzw. der Beschlussempfehlung in der Begründung auf Sätze 5 und 6 des [§ 2 Abs. 7 BEEG](#) eingegangen wird ([BT-Drucks. 16/2785, S. 37](#) f.), sind die Ausführungen jedoch rudimentär und es wird lediglich der Hinweis gegeben, dass in den genannten Fällen bei der Bestimmung der 12 für die Einkommensermittlung vor der Geburt des Kindes maßgeblichen Kalendermonate die entsprechenden Kalendermonate nicht mitgezählt werden; ein Absinken des Elterngeldes durch das in diesen Monaten geringere oder fehlende Erwerbseinkommen werde so vermieden. Im Übrigen finden sich in der Stellungnahme des Bundesrates ([BR-Drucks. 426/06](#) u. 426/06 Beschluss) und der Gegenäußerung der Bundesregierung ([BT-Drucks. 16/2454, S. 11](#) ff.) keine Ausführungen zu [§ 2 Abs. 7 S. 6 BEEG](#). Damit bleibt festzustellen, dass gegenüber dem ersten Gesetzesentwurf im weiteren Gesetzgebungsverfahren weder die Ausklammerung von Kalendermonaten mit Einkommensausfall aufgrund schwangerschaftsbedingter Erkrankung noch die hierzu gegebene Begründung thematisiert worden sind und insofern von einem Konsens auf der Grundlage des ersten Gesetzesentwurfs zwischen den an der Gesetzgebung Beteiligten ausgegangen werden muss. Motiv des Gesetzgebers für die in [§ 2 Abs. 7 S. 6 BEEG](#) enthaltene Regelung war mithin, den besonderen Sachverhalt einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung zu erfassen und ein Absinken des Elterngeldes aufgrund des besonderen gesundheitlichen Risikos Schwangerer zu vermeiden. Hierzu ist im ersten Gesetzesentwurf ([BT-Drucks. 16/1889, S. 20](#)) noch folgendes ausgeführt: "Das besondere gesundheitliche Risiko Schwangerer soll ihnen bei der Berechnung des ihnen zustehenden Elterngeldes nicht zum Nachteil gereichen. Die in Satz 3 für diese Fälle vorgesehene Regelung lehnt sich an die vom Gesetzgeber für kranke Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltende Rechtslage an. Diese erhalten zunächst eine Fortzahlung ihres vor der Erkrankung zuletzt erzielten Arbeitsentgelts und danach ein Krankengeld, das im Wesentlichen dem zuletzt erzielten Arbeitsentgelt entspricht. Auch Beamte erhalten während einer Erkrankung die vor der Erkrankung zuletzt zustehenden Bezüge weiter. Es erscheint daher angemessen, beim Ausfall von Erwerbseinkommen wegen einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung der Berechnung des Elterngeldes für den Zeitraum der Erkrankung dasselbe Einkommen zu unterstellen wie unmittelbar vor der schwangerschaftsbedingten Erkrankung. Mit dieser Regelung werden Schwangere, die während der Schwangerschaft erkranken und keine Fortzahlung ihres Arbeitsentgelts oder ihrer Dienstbezüge erhalten, so weit wie möglich mit den Schwangeren gleichgestellt, die nicht erkranken oder während einer Erkrankung ihr Arbeitsentgelt oder ihre Dienstbezüge weiter erhalten. Krankheitszeiten, in denen Arbeitsentgelt oder Dienstbezüge weiter gezahlt werden, sind keine Zeiten, in denen Erwerbseinkommen ausfällt. Zeiten, in denen Krankengeld aus einer gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung bezogen wird, gelten als Zeiten, in denen kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit bezogen wird. Durch die Anknüpfung an ganz oder teilweise ausfallendes Erwerbseinkommen werden selbstständige Schwangere in die Regelung einbezogen. Ob eine Erkrankung während der Schwangerschaft maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückzuführen ist, unterliegt ärztlicher Einschätzung und ist durch ärztliches Attest nachzuweisen." Dies alles zum Hintergrund der Gesetzeslage bzw. den Gesetzesmaterialien vorausgeschickt vermag der Senat die Voraussetzungen des [§ 2 Abs. 7 S. 6 BEEG](#) für die

Verschiebung des Bemessungszeitraumes wegen einer maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückzuführenden Erkrankung mit Wegfall von Einkommen aus Erwerbstätigkeit nicht zu bejahen. Bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass Wegfall von Einkommen einen zuvor bestehenden Anspruch auf Einkommen voraussetzt. Daran fehlt es hier, weil ein Arbeitsvertrag aufgrund des am 13. Dezember 2007 stattgefundenen Vorstellungsgesprächs nicht zustande gekommen ist und die Parteien den Termin zur schriftlichen Fixierung des Vertrages am 27. Dezember 2007 nicht mehr wahrgenommen haben. Das Nichtzustandekommen des Arbeitsvertrages wird auch dadurch bestätigt, dass die Parteien eine Erfüllung der beiderseitigen Pflichten aus dem angestrebten Vertrag ersichtlich nicht gelebt haben. Wären nämlich die Parteien von einem wirksam geschlossenen Arbeitsvertrag ausgegangen, hätte die Klägerin zwar im Krankheitsfall mangels Erfüllung der Wartezeit von vier Wochen ([§ 3 Abs. 3 Entgeltfortzahlungsgesetz - EntFG -](#)) keine Entgeltfortzahlung für sechs Wochen erhalten, jedoch wäre in diesem Fall an die Klägerin Krankengeld gezahlt worden. Insoweit wäre weiter zu erwarten gewesen, dass im Hinblick auf die Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber und zur fristgemäßen Mitteilung an die Krankenkasse Dr. F. eine entsprechende Bescheinigung frühzeitig erstellt hätte. All dies hat jedoch nicht stattgefunden, woraus zu schließen ist, dass die Klägerin und das Arbeitgeberehepaar selbst nicht von einem zustande gekommenen Arbeitsvertrag ausgegangen sind. Nach alledem hat mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 7. Februar 2008 kein Anspruch auf Arbeitseinkommen bestanden, der weggefallen sein könnte. Dies gilt gleichermaßen, sofern von dem 7. Januar 2008 ausgegangen wird. Dr. F. hat in der im Widerspruchsverfahren vorgelegten Bescheinigung vom 3. März 2009 ausgeführt, dass die Schwangerschaft bei der Klägerin am 7. Januar 2008 festgestellt worden sei. Auch zu diesem Zeitpunkt bestand mangels Arbeitsvertrag kein Anspruch auf Arbeitseinkommen, der weggefallen sein könnte. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar belegt, dass die von Dr. F. bescheinigte schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit bereits am 7. Januar 2008 vorgelegen hat. Seine Bescheinigungen beziehen sich sämtlich auf den 7. Februar 2008. Sofern in diesem Zusammenhang von der Klägerin der Beweisantrag gestellt worden ist, Dr. F. als Zeugen zu vernehmen zu der Frage, ob schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit bereits seit dem 27. Dezember 2007 vorgelegen hat, war der Senat nicht gehalten, dem nachzugehen. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die Schwangerschaft erst am 7. Januar 2008 festgestellt worden ist. Zum anderen und entscheidend kann dahingestellt bleiben, ob die für die Zeit ab dem 7. Februar 2008 bescheinigte Arbeitsunfähigkeit bereits am 27. Dezember 2007 vorgelegen hat, denn auch abgestellt auf diesen Zeitpunkt bestand (in der Folgezeit) kein Anspruch auf Arbeitseinkommen, der weggefallen sein könnte. Im Übrigen ergäbe sich keine abweichende Beurteilung zu Gunsten der Klägerin, sofern von einem wirksam mündlich geschlossenen Arbeitsvertrag ausgegangen wird, der danach nicht wieder wirksam (vgl. Schriftlichkeitserfordernis gem. [§ 623 BGB](#)) aufgehoben worden wäre. Insofern könnte von einem infolge schwangerschaftsbedingter Erkrankung weggefallenen Anspruch auf Arbeitseinkommen lediglich im Falle einer Konstellation gemäß den Fallgruppen "Lohn ohne Arbeit" (Krankheit, [§ 3 EntFG](#), Annahmeverzug des Arbeitgebers, [§§ 615, 293 BGB](#), vom Arbeitgeber verschuldete Unmöglichkeit, [§ 326 Abs. 2 BGB](#), Leistungsverhinderung des Arbeitnehmers, [§ 616 BGB](#), Betriebsrisiko des Arbeitgebers [§ 615 BGB](#)) ausgegangen werden. Auch daran mangelt es hier ersichtlich. Im Ergebnis hat es dabei zu verbleiben, dass ein Anspruch auf Arbeitseinkommen nicht begründet worden ist, der infolge schwangerschaftsbedingter Erkrankung hätte wegfallen können.

Soweit die Klägerin geltend gemacht hat, [§ 2 Abs. 1 BEEG](#) habe mittelbar geschlechtsspezifisch frauendiskriminierende Wirkung und dies sei verfassungswidrig ([Art. 6 Abs. 2 u. Abs. 4 GG](#), [Art. 2, 3, 5, 11 Ziff. 2, 13](#) des Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 -CEDAW-), ist für den Senat nicht ersichtlich, wie sich hieraus eine Begründung des von der Klägerin mit ihrem Klageantrag geltend gemachten Anspruches ergeben könnte. Eine Diskriminierung ist im Übrigen auch nicht gegeben. Die Nichtberücksichtigung von Arbeitslosengeld (und Krankengeld) bei der Bemessung des Elterngeldes betrifft Frauen und Männer gleichermaßen. Dies belegen die Veröffentlichungen der Bundesagentur für Arbeit (vgl. Arbeitsmarktberichterstattung Juni 2012, S. 17, Jahre 1997 bis 2011), wonach die Arbeitslosenquote von Frauen und Männern im Jahresdurchschnitt nicht wesentlich voneinander abweicht. Darüber hinaus ergibt sich keine Diskriminierung aufgrund der gesetzlich geregelten Tatbestände zur Verschiebung des Bemessungszeitraumes, die ebenso Frauen und Männer gleichermaßen betreffen. Zusätzlich hat der Gesetzgeber der schwangerschaftsspezifischen Situation Rechnung getragen und eine Verschiebung des Bemessungszeitraumes in Fällen einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung mit Wegfall von Einkommen zugelassen. Bei der Frage, wie der Gesetzgeber dieser spezifischen Situation gerecht wird, hat er einen weiten Beurteilungsspielraum. Dementsprechend ist nicht zu beanstanden, dass er einen Verschiebetatbestand geschaffen und nicht - wie die Klägerin geltend macht - die Berücksichtigung eines fiktiven Einkommens geregelt hat.

Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.

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

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2017-01-02