

B 10 EG 3/14 R

Land

Bundesrepublik Deutschland

Sozialgericht

Bundessozialgericht

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

10

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 33 EG 210/09

Datum

11.12.2012

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 12 EG 5/13

Datum

29.01.2014

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 10 EG 3/14 R

Datum

15.12.2015

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Erholungsurlaub im Vollzeitarbeitsverhältnis unterbricht nicht die Ausübung einer den Anspruch auf Elterngeld ausschließenden Erwerbstätigkeit.

Auf die Revision des beklagten Freistaats wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 29. Januar 2014 abgeändert und das Urteil des Sozialgerichts München vom 11. Dezember 2012 in vollem Umfang aufgehoben sowie die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers wird zurückgewiesen. Kosten sind in allen Rechtszügen nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Der Kläger begehrt den Höchstbetrag an Elterngeld für den 13. und 14. Lebensmonat seines Kindes.

2

Der Kläger ist Vater des am 3.3.2008 geborenen E ... Für diesen bezog die Ehefrau des Klägers Elterngeld für den 1. bis 12. Lebensmonat. Der Kläger beantragte Elterngeld für den 13. und 14. Lebensmonat. Er gab zunächst an, in dieser Zeit Erholungsurlaub in Anspruch nehmen zu wollen, legte im Nachhinein aber eine Bestätigung über die Inanspruchnahme von Elternzeit in diesem Zeitraum vor. Später stellte er klar, er habe sich nicht direkt in Elternzeit befunden, sondern bezahlten Urlaub aus dem Vorjahr genommen. Die vorgelegten Lohn-/Gehaltsabrechnungen für März und April 2009 ergaben ein monatliches Bruttogehalt von Euro.

3

Der beklagte Freistaat lehnte die Bewilligung von Elterngeld wegen ausgeübter Vollzeittätigkeit ab (Bescheid vom 7.7.2009; Widerspruchsbescheid vom 21.9.2009). Im Klageverfahren verurteilte das SG den Beklagten, dem Kläger Elterngeld für den 13. und 14. Lebensmonat in Höhe von 1800 Euro monatlich ohne Anrechnung des gezahlten Urlaubsentgelts zu gewähren. Das BSG habe bei Freistellung von der Arbeit bis zum Ablauf einer ausgesprochenen Kündigung angenommen, die tatsächliche Nichtausübung einer Erwerbstätigkeit während des Bezugszeitraums sei ausreichend, um den Anspruch auf Elterngeld zu begründen (Urteil vom 29.8.2012 - [B 10 EG 7/11 R](#)). Komme es danach auf die faktischen Verhältnisse an, gebe es keinen Grund Erholungsurlaub anders zu behandeln als die Freistellung von der Arbeitspflicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (Urteil vom 11.12.2012). Auf die Berufung des beklagten Freistaats hat das LSG die Verurteilung des Beklagten auf den Sockelbetrag begrenzt. Der Kläger habe sich nicht in Elternzeit, sondern im Erholungsurlaub befunden. Das BSG habe die Frage des Elterngeldbezugs während eines Erholungsurlaubs bisher ausdrücklich offengelassen. Rein faktisch führe der Erholungsurlaub zwar zur Nichtausübung einer Erwerbstätigkeit und begründe deshalb einen Elterngeldanspruch dem Grunde nach. Das im Bezugszeitraum gezahlte Urlaubsentgelt sei jedoch als Einnahme im Bezugszeitraum zu berücksichtigen, sodass nur der Sockelbetrag anrechnungsfrei bleibe (Urteil vom 29.1.2014).

4

Hiergegen wenden sich beide Beteiligten mit der Revision. Der Kläger rügt die Verletzung materiellen Rechts ([§ 2 Abs 3 S 1](#), [§ 3 Abs 2](#)

Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG)). Bei faktischer Nichtausübung einer Erwerbstätigkeit sei das Urlaubsentgelt für den aus dem Vorjahr im Bezugszeitraum stammenden Urlaub kein berücksichtigungsfähiges Einkommen.

5

Der Kläger beantragt, das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 29. Januar 2014 abzuändern und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 11. Dezember 2012 in vollem Umfang zurückzuweisen

und die Revision des Beklagten zurückzuweisen.

6

Der beklagte Freistaat beantragt, das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 29. Januar 2014 abzuändern und das Urteil des Sozialgerichts München vom 11. Dezember 2012 in vollem Umfang aufzuheben und die Klage abzuweisen

und die Revision des Klägers zurückzuweisen.

7

Der Beklagte rügt ebenfalls eine Verletzung materiellen Rechts ([§ 1 Abs 1 Nr 4 und Abs 6 BEEG](#)). Der Kläger habe im Bezugszeitraum eine volle Erwerbstätigkeit ausgeübt, die eine Inanspruchnahme von Elterngeld ausschließe.

II

8

Die Revision des beklagten Freistaats ist begründet ([§ 170 Abs 2 S 1 SGG](#)), die Revision des Klägers hingegen unbegründet ([§ 170 Abs 1 S 1 SGG](#)). Die Revisionen beider Beteiligten sind zulässig. Das LSG hat die Revision unbeschränkt zugelassen (dazu 1.). Die angefochtenen Bescheide sind zu Recht ergangen. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Elterngeld für die von ihm geltend gemachten Partnermonate während seines Erholungsurlaubs (dazu 2.). Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Ausschluss von Elterngeld für die Dauer von Erholungsurlaub im Vollzeitarbeitsverhältnis bestehen weder im Hinblick auf [Art 3 GG](#) noch [Art 6 GG](#) (dazu 3.).

9

1. Die form- und fristgerechten Revisionen ([§ 164 SGG](#)) der Beteiligten sind zulässig. Das LSG hat die Revision unbeschränkt zugelassen. Entgegen der Auffassung des Beklagten hat das LSG die Revision nicht allein zu seinen Gunsten wegen der Frage der Gleichstellung von Erholungsurlaub und Erwerbstätigkeit, sondern im Tenor unbeschränkt zugelassen ([§ 160 Abs 1 und Abs 2 Nr 1 SGG](#)). Soweit das LSG am Ende der Entscheidungsgründe zur Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung nähere Ausführungen gemacht hat, hat es lediglich den für die Zulassung maßgebenden Grund genannt (vgl BSG Urteil vom 23.4.2009 - [B 9 VG 1/08 R](#) - RdNr 19). Die unbeschränkte Zulassung ist für den Senat bindend ([§ 160 Abs 3 SGG](#)). Die zulässigen Revisionen beider Beteiligten führen zur vollumfänglichen Überprüfung des Klagebegehrens.

10

2. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Elterngeld. Die Voraussetzungen des zulässigerweise mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs 1 und 4 SGG](#)) geltend gemachten Anspruchs auf Elterngeld für den 13. und 14. Lebensmonat seines am 3.3.2008 geborenen Sohnes (sog Partnermonate) sind nicht erfüllt. Während der Inanspruchnahme bezahlten Erholungsurlaubs kommt die Gewährung von Elterngeld nicht in Betracht. Das Gesetz trennt klar zwischen der Inanspruchnahme von Erholungsurlaub ([§ 17 BEEG](#)) und der davon zu unterscheidenden Inanspruchnahme von durch Elterngeld flankierter Elternzeit ([§ 16 BEEG](#)).

11

a) Der Anspruch des Klägers richtet sich nach [§ 1 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 5.2.2009, [BGBl I 160](#) mWv 12.2.2009). Nach dessen Absatz 1 hat Anspruch auf Elterngeld, wer einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat (Nr 1), mit seinem Kind in einem Haushalt lebt (Nr 2), dieses Kind selbst betreut und erzieht (Nr 3) und keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt (Nr 4). Der persönliche Geltungsbereich erfasst damit sowohl die Personengruppe, die von vornherein keiner solchen Tätigkeit nachgeht (zB Hausfrauen und -männer) als auch die Personengruppe der Arbeitnehmer und selbstständig Erwerbstätigen. Eine Person ist ua nicht voll erwerbstätig, wenn ihre wöchentliche Arbeitszeit 30 Wochenstunden im Durchschnitt des Monats nicht übersteigt (Absatz 6). Elterngeld kann in der Zeit vom Tag der Geburt bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats des Kindes bezogen werden ([§ 4 Abs 1 S 1 BEEG](#) idF vom 5.12.2006, [BGBl I 2748](#)). Es wird in Monatsbeträgen für Lebensmonate des Kindes gezahlt ([§ 4 Abs 2 S 1 BEEG](#) idF vom 5.12.2006, aaO). Eltern haben insgesamt Anspruch auf 12 Monatsbeträge ([§ 4 Abs 2 S 2 BEEG](#) idF vom 5.12.2006, aaO). Sie haben Anspruch auf zwei weitere Monatsbeträge, wenn sie sich in der Erziehung abwechseln ([§ 4 Abs 3 S 1 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 17.1.2009, [BGBl I 61](#)) und für zwei Monate eine Minderung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit erfolgt ([§ 4 Abs 2 S 3 BEEG](#) idF vom 5.12.2006, aaO). Das Elterngeld ist danach als lebensmonatliche Leistung ausgestaltet mit der Folge, dass die Anspruchsvoraussetzungen für das Elterngeld untrennbar mit der Bezugszeit Lebensmonat verknüpft sind. Die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen müssen grundsätzlich für jeden einzelnen Lebensmonat vorliegen (zu Ausnahmen etwa [§ 1 Abs 1 Nr 3](#) iVm Abs 5 BEEG; [§ 4 Abs 4 BEEG](#) idF vom 5.12.2006, aaO; vgl hierzu BSG Urteil vom 30.9.2010 - [B 10 EG 9/09 R](#) - [BSGE 107, 1](#) = SozR 4-7837 § 1 Nr 2, RdNr 38 mwN; zur Verfassungsmäßigkeit des Lebensmonatsprinzips BSG Urteil vom 29.8.2012 - [B 10 EG 20/11 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 18).

12

Die Ehefrau des Klägers erfüllt die Grundvoraussetzungen für den 1. bis 12. Lebensmonat des gemeinsamen Kindes. Ebenso erfüllt der Kläger für die geltend gemachten Partnermonate die Voraussetzungen des gewöhnlichen Aufenthalts, des gemeinsamen Haushalts und der selbsttätigen Betreuung und Erziehung in seiner Person. Bei ihm aber fehlt es an dem für die Inanspruchnahme des einkommensabhängigen Elterngeldes und des Sockelbetrags weiteren Erfordernis "der Ausübung keiner oder keiner vollen Erwerbstätigkeit" iS des [§ 1 Abs 1 Nr 4 BEEG](#) für die Dauer des 13. und 14. Lebensmonats seines Kindes. In dieser Zeit befand sich der Kläger nach den nicht mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) im Erholungsurlaub.

13

b) Die Inanspruchnahme von Erholungsurlaub im unverändert fortbestehenden Vollzeitarbeitsverhältnis führt nicht dazu, dass iS von [§ 1 Abs 1 Nr 4 BEEG](#) keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Dies steht mit dem Wortlaut der Norm, der Zielsetzung und Entstehungsgeschichte unter Berücksichtigung des besonderen systematischen Gesamtzusammenhangs zur Elternzeit ([§§ 15 ff BEEG](#)) und zum Urlaubsrecht ([§§ 1 ff Bundesurlaubsgesetz \(BUrlG\)](#)) im Einklang.

14

aa) Der Wortlaut des Gesetzes knüpft mit dem Erfordernis "keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausüben" zunächst an ein tatsächliches Verhalten an. Dieses liegt beim Kläger vor, denn er hat während des 13. und 14. Lebensmonats seines Kindes wegen Erholungsurlaubs nicht gearbeitet. Er ist in dieser Zeit, auch wenn sein Beschäftigungsverhältnis unverändert fortbestand, einer tatsächlichen Erwerbstätigkeit nicht nachgegangen. Das Erfordernis "keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausüben" und das danach maßgebliche Fehlen eines Tätigseins entspricht der in den Materialien zum BEEG zum Ausdruck kommenden Zielrichtung des Elterngeldes: Dieses soll die tatsächliche Verfügbarkeit von Zeit, die zuvor mit Arbeit verbracht wurde, für die Betreuung und Erziehung des Kindes sicherstellen; das Elterngeld beschränkt sich insoweit nicht lediglich auf seine Entgeltersatzfunktion ([BT-Drucks 16/1889 S 18](#), hieran anschließend BSG Urteil vom 29.8.2012 - [B 10 EG 7/11 R](#) - SozR 4-7837 § 1 Nr 3 RdNr 32). Hiervon ausgehend hatte der Senat seinem Urteil vom 29.8.2012 ([B 10 EG 7/11 R](#) - SozR 4-7837 § 1 Nr 3 RdNr 36) den Elterngeldbezug in Fällen einer - bezahlten - endgültigen Freistellung von der Arbeitsleistung im Rahmen eines noch bestehenden Arbeitsverhältnisses ermöglicht, hingegen hatte er in Fällen eines - bezahlten oder unbezahlten - Erholungs- oder Sonderurlaubs bzw Sabbaticals (vgl Salaw-Hanslmaier, Sabbatical und Elterngeld - geht das zusammen? ZRP 2009, 179) die Antwort auf die Frage, ob die Nichtausübung einer Erwerbstätigkeit den Zugang zum Elterngeld ermöglicht, bisher offengelassen. Der Senat verneint diese Frage in Bezug auf den Erholungsurlaub nunmehr: Während der Zeit bezahlten Urlaubs besteht kein Anspruch auf Elterngeld. Für die Betreuung und Erziehung eines Kindes stellt das Gesetz nicht Erholungsurlaub zur Verfügung, sondern den davon zu unterscheidenden Anspruch auf Elternzeit ([§ 15 BEEG](#)), welcher vom Arbeitnehmer vorab schriftlich vom Arbeitgeber zu verlangen ist ([§ 16 BEEG](#); dazu unten cc).

15

bb) Erholungsurlaub im laufenden Vollzeitarbeitsverhältnis beendet entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanz die bis dahin ausgeübte Erwerbstätigkeit nicht. Zwar knüpft der Wortlaut des [§ 1 Abs 1 Nr 4 BEEG](#) an ein tatsächliches Verhalten an, das beim Kläger insoweit vorliegt als er wegen seines Erholungsurlaubs nicht gearbeitet hat. Schon dem allgemeinen Sprachgebrauch nach führt die Inanspruchnahme des dem Arbeitnehmer zustehenden Erholungsurlaubs ([§ 1 BUrlG](#)) aber nicht dazu, dass er seine Erwerbstätigkeit nicht mehr ausübt (vgl Othmer in Roos/Bieresborn, MuschG-BEEG, 2014, [§ 1 BEEG](#) RdNr 25; wohl auch Rancke, Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit/Betreuungsgeld, 4. Aufl 2015, [§ 1 BEEG](#) RdNr 8). Eine solche Betrachtungsweise ließe sich in Bezug auf die Personengruppe der Erwerbstätigen auch nicht mit dem in [§ 1 Abs 6 BEEG](#) näher konkretisierten Anliegen des [§ 1 Abs 1 Nr 4 BEEG](#) in Einklang bringen, dass eine vor der Geburt ausgeübte volle Erwerbstätigkeit reduziert oder aufgegeben wird, um der Erziehung und Betreuung des Kindes Vorrang gegenüber der Erwerbstätigkeit einzuräumen. Auch wenn das BEEG nicht zwingend voraussetzt, dass "wegen" Erziehung eines Kindes die Arbeitszeit reduziert und dadurch keine oder keine volle Erwerbstätigkeit mehr ausgeübt wird, so ist doch erkennbar, dass das Elterngeld als Lohnersatzleistung gerade diesen Fall im Auge hat und die erziehungsbedingte Lohnneinbuße zumindest teilweise kompensieren soll. Neben allen anderen Zielsetzungen (s oben) soll das Elterngeld gerade jene Eltern aus dem Kreise der Erwerbstätigen unterstützen, die durch die Entscheidung, das eigene Kind in einem Maße zu betreuen, das über das hinaus geht, was bei voller Erwerbstätigkeit möglich ist, im Hinblick auf ihre individuelle wirtschaftliche Situation und späteren Möglichkeiten der Daseinsvorsorge in eine besondere Lage gebracht werden ([BT-Drucks 16/1889 S 18](#)).

16

Das Gesetz setzt danach voraus, dass jede anspruchsberechtigte Person aus dem Kreis der Arbeitnehmer ihre bis dahin ausgeübte Erwerbstätigkeit aufgibt oder - wenigstens in den durch [§ 1 Abs 6 BEEG](#) vorgegebenen Grenzen - rechtsrelevant zugunsten der Betreuung des Kindes reduziert. Bei dieser vom Gesetzgeber vorgegebenen Betrachtungsweise wird der Betreuung des Kindes kein Vorrang eingeräumt, wenn eine bis dahin ausgeübte Vollzeiterwerbstätigkeit unverändert als Erholungsurlaub fortgesetzt wird. Denn der Erholungsurlaub ergibt sich ohnehin für jeden Arbeitnehmer als unverzichtbarer Bestandteil seines Arbeitsverhältnisses ([§ 13 Abs 1 S 1 BUrlG](#)) und rechtsverbindlicher Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis mit der Konsequenz, dass zwar die Arbeitspflicht für die Dauer des Erholungsurlaubs beseitigt wird, an deren Stelle aber das Erholungsbedürfnis vom Gesetz für die Dauer des Urlaubs unwiderleglich vermutet wird (Linck in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl 2015, § 104 RdNr 2 ff; zum Unionsrecht und den Auswirkungen bei Arbeitsunfähigkeit EuGH [NZA 2009, 135](#) - Schultz-Hoff vgl [BAGE 130, 119](#) = [NZA 2009, 538](#) und [BAGE 134, 1](#) = [NZA 2010, 810](#)).

17

cc) Für die Betreuung und Erziehung eines Kindes stellt das Gesetz Arbeitnehmern nach Maßgabe weiterer Voraussetzungen den vom Erholungsurlaub zu unterscheidenden Anspruch auf Elternzeit ([§ 15 BEEG](#) i d F des Gesetzes vom 17.1.2009, aaO) zur Verfügung, und zwar selbst dann, wenn mangels Lohnneinbuße allein der Sockelbetrag als allgemeine pauschale Anerkennung der Erziehungsleistung in Betracht kommt. Die Elternzeit entspricht dem früheren Erziehungsurlaub iS des § 15 Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG). Dieser war ursprünglich als notwendige Ergänzung zu § 1 Abs 1 Nr 4 BERzGG ausgestaltet und stand dem Arbeitnehmer zu, wenn er einen Anspruch auf Erziehungsgeld hatte oder nur deshalb nicht hatte, weil das Einkommen die seinerzeitige Einkommensgrenze überstieg (vgl [BT-Drucks](#)

[10/3792 S 6](#), 19). Die spätere Abkoppelung des Erziehungsurlaubs vom Erziehungsgeldanspruch durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes und anderer Vorschriften vom 6.12.1991 ([BGBl I 2142](#)) erfolgte nicht aus Gründen fehlender Kohärenz. Vielmehr musste der mit der Neuregelung einhergehenden Verlängerung des Erziehungsurlaubs bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres rechtstechnisch Rechnung getragen werden ([BT-Drucks 12/1125 S 8](#)). Dies entspricht bis heute dem gesetzlichen Regelungskonzept.

18

Der Sache nach hat sich auch im Geltungsbereich des BEEG nichts daran geändert, dass die Voraussetzungen für das Elterngeld von Arbeitnehmern nicht durch Erholungsurlaub geschaffen werden, sondern durch Elternzeit, welche bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes genommen werden kann (vgl. [§ 15 Abs 2 S 1 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 17.1.2009, aaO; [BT-Drucks 16/1889 S 27](#)) und vorab schriftlich vom Arbeitgeber zu verlangen ist ([§ 16 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 17.1.2009, aaO). Während der Elternzeit, die im Unterschied zum Erholungsurlaub zu einer Suspendierung beider Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses führt, entstehen allerdings Ansprüche auf Erholungsurlaub (BAG Urteil vom 17.5.2011 - [9 AZR 197/10](#) - [BAGE 138, 58](#) RdNr 24). Deren in [§ 17 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 5.12.2006, aaO) geregeltes Verhältnis zur Elternzeit bestätigt, dass beide Ansprüche nicht deckungsgleich oder "austauschbar" sind. Insbesondere kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit nur um ein Zwölftel kürzen und nicht etwa - bei nur kurzzeitiger Inanspruchnahme von Elternzeit - im Verhältnis 1:1 (zur Kürzungsbefugnis vgl. zuletzt BAG [NZA 2015, 989](#), zur Veröffentlichung vorgesehen in BAGE). Die gesetzliche Aussage ist danach unmissverständlich: Der Erholungsurlaub im Vollzeitarbeitsverhältnis steht nicht stellvertretend für eine Elternzeit. Er trägt dem besonderen Anliegen des Gesetzgebers nach einer anspruchsbegründenden Vorrangentscheidung zugunsten der Betreuung und Erziehung des Kindes nicht Rechnung (zum Erziehungsurlaub vgl. Sächsisches LSG Urteil vom 18.1.2007 - [L 3 EG 4/04](#); aA Dau juris-SozR 4/2013 Anm 6). Jede andere Betrachtungsweise unterliefe das genannte Anliegen des Gesetzgebers, und zwar auch gerade dann, wenn Vätern in leitenden Positionen die Inanspruchnahme von Erholungsurlaub aus betriebsorganisatorischen Gründen im Bereich des Arbeitgebers als einzige Möglichkeit der Inanspruchnahme von Elternzeit erschiene (Revisionsbegründung des Klägers S 6; zur Verfassungsmäßigkeit s. unten II 3.). Ob es sich bei diesem Urlaub um (bezahlten) Erholungsurlaub aus dem laufenden Jahr oder um (bezahlten) Resturlaub aus den Vorjahren (vgl. [§ 7 Abs 3 S 2 BUrlG](#)) handelt, spielt demgegenüber für die Beurteilung, ob der Betreuung und Erziehung des Kindes Vorrang eingeräumt wird, keine entscheidende Rolle.

19

dd) Für die Grundvoraussetzung der Ausübung keiner oder keiner vollen Erwerbstätigkeit iS des [§ 1 Abs 1 Nr 4 BEEG](#) ist es ohne Bedeutung, dass das für die Dauer eines Erholungsurlaubs zu zahlende Urlaubsentgelt als laufender Arbeitslohn zu den zu versteuernden Einkünften iS des [§ 2 Abs 1 Nr 4](#) Einkommensteuergesetz gehört (vgl. Linck in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl 2015, § 104 RdNr 100; Küttner, Personalhandbuch, 22. Aufl 2015, Stichwort Urlaubsentgelt), die der Berechnung des Elterngeldes nach [§ 2 Abs 1 S 2](#) und [Abs 7 S 1 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 5.12.2006, aaO) zugrunde zu legen sind (Helmke/Bauer, Familienleistungsausgleich, Stand 8/2015, [BEEG § 1](#) RdNr 49; anders zum Urlaubsgeld als einmaligem Bezug BSG Urteil vom 29.8.2012 - [B 10 EG 20/11 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 18 RdNr 48 ff). Das kann zwar auch dazu führen, dass Urlaubsentgelt als Einkommen im Zeitraum des Bezugs von Elterngeld iS des [§ 2 Abs 3 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 5.12.2006, aaO) berücksichtigungsfähig ist, wenn es durchschnittlich geringer ist als bereits im Bemessungszeitraum nach [§ 2 Abs 1 S 1 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 5.12.2006, aaO) erzielt. Arbeitslohn (vgl. zur Berechnung des Urlaubsentgelts [§ 11 BUrlG](#)). Dies ist dann Folge des durch [§ 1 BEEG](#) eröffneten Geltungsbereichs für Arbeitsverhältnisse mit elterngeldunschädlichen Arbeitszeiten, also etwa Teilzeitarbeitsverhältnissen während der Elternzeit (vgl. Othmer in Roos/Bieresborn, MuschG-BEEG, 2014, [§ 17 BEEG](#) RdNr 10) und nicht umgekehrt - wie die Vorinstanzen meinen - ein valides Kriterium für die Einbeziehung von Vollzeitarbeitsverhältnissen im Modus des Erholungsurlaubs in den Geltungsbereich des [§ 1 BEEG](#) mit der Folge (mindestens) des Sockelbetrags oder gar des Höchstsatzes.

20

Erst recht ist es für die Grundvoraussetzung der Ausübung keiner oder keiner vollen Erwerbstätigkeit iS des [§ 1 Abs 1 Nr 4 BEEG](#) ohne Relevanz, dass schon nach bisherigem Recht andere Einnahmen nach der Geburt des Kindes, die ihrer Zweckbestimmung nach Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt des Kindes ganz oder teilweise ersetzen, auf das den Grundvoraussetzungen nach gegebene Elterngeld angerechnet werden, soweit letzteres den Sockelbetrag von 300 Euro monatlich übersteigt ([§ 3 Abs 2 S 1 Halbs 1 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 5.12.2006, aaO). Unter den genannten Voraussetzungen ist Urlaubsentgelt als laufender Arbeitslohn keine Entgeltersatzleistung, wie etwa Arbeitslosengeld, Krankengeld oder Renten (vgl. [BT-Drucks 16/1889 S 22](#); BSG Urteil vom 17.2.2011 - [B 10 EG 20/09 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 8 RdNr 78 f). Der von der Vorinstanz ins Feld geführte konzeptionelle Aspekt des Gesetzes (Urteilsdruck S 8, 9), dem Arbeitnehmer während des Bezugs von Lohnersatzleistungen im Unterschied zur Vorgängerregelung des BErzGG (§ 2 Abs 2 S 1 BErzGG) wenigstens den Sockelbetrag zu belassen ([§ 3 Abs 2 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 5.12.2006, aaO) geht jedenfalls ins Leere, wenn Urlaubsentgelt zuvor als Einkommen im Bezugszeitraum berücksichtigt wurde. Dies stellt nunmehr die Neufassung des [§ 3 Abs 1 S 1 Nr 5 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 10.9.2012, [BGBl I 1878](#)) dadurch klar, dass auf das Elterngeld Einnahmen angerechnet werden, die der berechtigten Person als Ersatz für Erwerbseinkommen zustehen und a) die nicht bereits für die Berechnung des Elterngeldes nach [§ 2 BEEG](#) (nF) berücksichtigt werden oder b) bei deren Berechnung das Elterngeld nicht berücksichtigt wird ([BT-Drucks 17/9841 S 27](#) f).

21

ee) Die Annahme, dass die bisherige Vollzeiterwerbstätigkeit bei Inanspruchnahme von Erholungsurlaub weiter anspruchsausschließend ausgeübt wird, steht im Einklang mit den besonderen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der sog Partnermonate iS des [§ 4 BEEG](#).

22

Eltern haben danach insgesamt Anspruch nur auf 12 Monatsbeträge ([§ 4 Abs 2 S 2 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 5.12.2006, aaO). Sie haben aber Anspruch auf zwei weitere Monatsbeträge, wenn für zwei Monate eine Minderung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit erfolgt. Ein Elternteil kann mindestens für zwei und höchstens für 12 Monate Elterngeld beziehen ([§ 4 Abs 2 S 2](#) und 3, Abs 3 S 1 BEEG idF des Gesetzes vom 17.1.2009, [BGBl I 61](#); zur grundsätzlichen Neustrukturierung durch das Elterngeld Plus mit Partnerschaftsbonus vgl. Gesetz vom 18.12.2014, [BGBl I 2325](#)). Für die Inanspruchnahme der Partnermonate ist es ohne Belang, welcher Elternteil wann und in welchem Umfang

innerhalb des 14-monatigen Bezugszeitraums diese spezielle Voraussetzung der Einkommensminderung aus Erwerbstätigkeit erfüllt. In Anbetracht der Minderung des Erwerbseinkommens der Ehefrau in den ersten 12 Lebensmonaten des Sohnes wären die zusätzlichen Voraussetzungen des [§ 4 Abs 2 S 3 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 5.12.2006, aaO) für den Erwerb der Partnermonate durch den Kläger deshalb auch ohne Einschränkung seines eigenen Erwerbseinkommens gegeben. Das ändert aber nichts daran, dass die Fortsetzung der Vollzeittätigkeit nicht geeignet ist, den Anspruch auf Elterngeld zu begründen. Mit den Partnermonaten sollte vornehmlich ein Anreiz geschaffen werden, nicht einem Elternteil allein die Erwerbsarbeit und dem anderen Teil die Betreuungsarbeit zu übertragen (vgl [BT-Drucks 16/1889, S 23](#); auch Jaritz in Roos/Bieresborn, MuschG-BEEG, 2014, [§ 4 BEEG](#) RdNr 25; Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Aufl 2008, [§ 4 BEEG](#) RdNr 9; Rancke, Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit/Betreuungsgeld, 4. Aufl 2015, [§ 4 BEEG](#) RdNr 1). Dieses spezielle Anliegen des Gesetzgebers ist legitim (vgl zur Verfassungsmäßigkeit der Partnermonate vgl BVerfG Kammerbeschluss vom 26.10.2011 - [1 BvR 2075/11](#) - [NJW 2012, 216](#); ferner BSG SozR 4-7837 § 4 Nr 5), beeinflusst aber im Übrigen nicht den nach übergeordneten Merkmalen zu bestimmenden Personenkreis im Geltungsbereich des BEEG. Der spezielle Zweck der Partnermonate wird nicht dadurch unterlaufen, dass ohnehin beide Elternteile berufstätig sind und sich die Betreuungs- und Erziehungsarbeit teilen wollen.

23

3. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Ausschluss von Elterngeld für die Dauer von Erholungsurlaub im Vollzeitarbeitsverhältnis bestehen nicht.

24

a) Es verstößt nicht gegen [Art 3 Abs 1 GG](#) iVm [Art 6 Abs 1 GG](#), wenn Eltern aufgrund der Regelung des [§ 1 Abs 1 Nr 4 und Abs 6 BEEG](#) wegen Erholungsurlaub im Vollzeitarbeitsverhältnis von einkommensabhängigem Elterngeld als auch Mindestelterngeld ([§ 2 Abs 5 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 5.12.2006, aaO) ausgeschlossen sind. Unter Berücksichtigung der bereits ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der familienpolitischen Leistung des Elterngeldes unter Einschluss der Partnermonate (hierzu BSG Urteil vom 26.5.2011 - [B 10 EG 3/10 R](#) - SozR 4-7837 § 4 Nr 1 RdNr 22, nachgehend BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 26.10.2011 - [1 BvR 2075/11](#) - [NJW 2012, 216](#); BSG Urteil vom 15.12.2011 - [B 10 EG 1/11 R](#) - SozR 4-7837 § 4 Nr 3 RdNr 42 f; BSG Urteil vom 26.3.2014 - [B 10 EG 6/13 R](#) - SozR 4-7837 § 4 Nr 5 RdNr 17 mwN) ist die unterschiedliche Behandlung von Elternteilen in Vollzeitarbeitsverhältnissen unter wertender Einbeziehung des Erholungsurlaubs im Vergleich zu Eltern, die eine Erwerbstätigkeit nicht oder nur in den Grenzen des [§ 1 Abs 6 BEEG](#) ausüben und deshalb anders als der Erholungsurlauber im Vollzeitarbeitsverhältnis grundsätzlich Elterngeld als Sockelbetrag oder einkommensabhängige Leistung beziehen können, hinreichend sachlich gerechtfertigt. Die Differenzierung ist die Folge der legitimen Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers, Familien bei der Sicherung ihrer Lebensgrundlagen nur zu unterstützen, wenn sie sich bei generalisierender, typisierender und pauschalierender Betrachtungsweise in der Frühphase der Elternschaft vorrangig um die Betreuung ihrer Kinder kümmern wollen und kümmern können (zum Ausschluss nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer BSG Urteil vom 10.7.2014 - [B 10 EG 1/13 R](#) - Juris RdNr 19 ff; BSG Urteil vom 10.7.2014 - [B 10 EG 5/14 R](#) - SozR 4-7837 § 1 Nr 6). Dementsprechend ist der Gesetzgeber auch frei darin, die Erziehungs- und Betreuungsleistungen im Falle fehlenden Erwerbseinkommens mit Basisbeträgen zu honorieren (BSG Urteil vom 25.6.2009 - [B 10 EG 8/08 R](#) - [BSGE 103, 291](#) = [SozR 4-7837 § 2 Nr 2](#), RdNr 55 f) und im Übrigen das Elterngeld als Lohnersatzleistung nur dann zu gewähren, wenn durch die Erziehungs- und Betreuungsleistung Einkommenseinbußen hinzunehmen sind (BSG Urteil vom 17.2.2011 - [B 10 EG 20/09 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 8 RdNr 38 ff).

25

b) Es liegt auch keine Verletzung des besonderen Gleichbehandlungsgebots in [Art 3 Abs 2 S 1 GG](#) oder des Benachteiligungsverbots in [Art 3 Abs 3 S 1 GG](#) vor, wenn männliche Erwerbstätige in leitenden Vollzeitpositionen häufiger von der Inanspruchnahme des Elterngeldes ausgeschlossen sind als weibliche Erwerbstätige in entsprechenden Vollzeitarbeitsverhältnissen. Die Schutzbereiche der genannten Grundrechte sind nicht einmal mittelbar betroffen, wenn überwiegend Männer durch ihre höhere Repräsentanz in den vorbezeichneten Tätigkeiten vom Leistungsausschluss dadurch betroffen sind, dass ihnen keine Elternzeit gewährt wird (vgl BSG Urteil vom 17.2.2011 - [B 10 EG 17/19 R](#) - SozR 4-7837 § 2 Nr 7 RdNr 51 f mwN). Unbeschadet der Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise des Arbeitgebers im Einzelfall sichert das Gesetz nämlich Gleichbehandlung durch einen einklagbaren Anspruch auf Elternzeit ([§ 15 Abs 1 S 1 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 17.1.2009, aaO).

26

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2016-07-01