
S 26 EG 2/21

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Elterngeld - COVID-19-Pandemie - Kurzarbeit - pandemiebedingte Einkommensminderung - Bemessungseinkommen - Ausklammerungstatbestand aus Anlass der COVID-19-Pandemie - keine Verkürzung des zwölfmonatigen Bemessungszeitraums - Verschiebung des Bemessungszeitraums in die Vergangenheit - geringes Einkommen in den neu einbezogenen Ersatzmonaten - kein vollständiger finanzieller Ausgleich der COVID-19-Folgen - Verfassungsrecht - Ungleichbehandlung gegenüber Elterngeldberechtigten ohne pandemiebedingte Einkommenseinbußen - einkommensabhängige Ausgestaltung der Elterngeldhöhe - sozialgerichtliches Verfahren - Klageänderung im Revisionsverfahren - Umstellung einer Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auf eine Anfechtungs- und Leistungsklage - keine Zustimmungsbedürftigkeit seitens des Beklagten
Leitsätze	Bei der Berechnung des vorgeburtlichen Einkommens bewirkt die Nichtberücksichtigung von Kalendermonaten, in denen die berechtigte Person aufgrund der Covid-19-Pandemie ein geringeres Einkommen hatte, keine Verkürzung des Bemessungszeitraums, sondern dessen Verschiebung in die Vergangenheit.
Normenkette	BEEG § 2b Abs 1 S 3 F: 2020-05-20; BEEG § 2b Abs 1 S 4 ; BEEG § 2b Abs 1 S 1 ;

[BEEG § 2b Abs 1 S 2 Nr 2 Alt 2](#); [BEEG § 2b Abs 1 S 3](#) F: 2021-02-15; [BEEG § 2 Abs 7 S 5](#) F: 2006-12-05; [BEEG § 2 Abs 7 S 6](#) F: 2006-12-05; [BEEG § 2 Abs 1 S 1](#) F: 2006-12-05; [SGG § 54 Abs 4](#); [SGG § 168](#); [GG Art 3 Abs 1](#); [GG Art 6 Abs 1](#); [GG Art 6 Abs 2](#)

1. Instanz

Aktenzeichen S 26 EG 2/21
Datum 17.01.2022

2. Instanz

Aktenzeichen L 2 EG 1/22
Datum 02.05.2022

3. Instanz

Datum 26.10.2023

Â

Die Revision der KlÃ¤gerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 2.Â Mai 2022 wird zurÃ¼ckgewiesen.

Kosten sind nicht zu erstatten.

G r Ã¼ n d e :

I

1

Die KlÃ¤gerin begehrt hÃ¶heres Elterngeld fÃ¼r die Betreuung ihrer jÃ¼ngeren Tochter durch VerkÃ¼rzung des Bemessungszeitraums um zwei Monate, in denen sie aufgrund der COVID-19-Pandemie ein geringeres Einkommen hatte.

2

Die KlÃ¤gerin ist Mutter zweier TÃchter, die Ãltere geboren am 01.12.2018, die jÃ¼ngere geboren am 11.11.2020. Nach der Geburt der Ãlteren Tochter war die KlÃ¤gerin erst ab September 2019 wieder erwerbstÃtig. Aufgrund der COVID-19-Pandemie ordnete ihr Arbeitgeber in den Monaten April und Mai 2020 Kurzarbeit an. Dadurch erhielt sie fÃ¼r diese Monate deutlich geringere lohnsteuerpflichtige EinkÃnfte als in den Monaten davor und danach. Ab dem 01.09.2020 bezog sie Mutterschaftsgeld.

3

Die Beklagte bewilligte der KlÃ¤gerin fÃ¼r die ersten zwÃlf Lebensmonate ihrer

jüngeren Tochter Elterngeld. Dessen Berechnung erfolgte auf Grundlage des im Bemessungszeitraum September 2019 bis August 2020 erzielten Einkommens. Zudem wurden in den ersten beiden Lebensmonaten das Mutterschaftsgeld und wegen der älteren Tochter ein Geschwisterbonus während der ersten sechs Lebensmonate berücksichtigt (Bescheid vom 18.2.2021; Widerspruchsbescheid vom 25.5.2021).

4

Die auf Zahlung eines höheren, unter Außerachtlassung der von pandemiebedingter Kurzarbeit betroffenen Monate April und Mai 2020 berechneten Elterngelds gerichtete Klage hat das SG abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 17.1.2022). Das LSG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Sie habe keinen Anspruch auf höheres Elterngeld. Trotz der in den Monaten April und Mai 2020 pandemiebedingt verringerten Arbeitsentgelte, habe kein fiktiv erhöhtes Entgelt in Ansatz gebracht werden dürfen. Ebenso wenig könnten nur die zehn Monate von September 2019 bis März 2020 und von Juni bis August 2020 in die Berechnung eingestellt werden. Mit dem aus Anlass der COVID-19-Pandemie neu geschaffenen Ausklammerungstatbestand des [§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG](#), wonach auf Antrag solche Kalendermonate unberücksichtigt blieben, in denen die berechtigte Person pandemiebedingt ein geringeres Einkommen aus Erwerbstätigkeit gehabt habe, habe der Gesetzgeber an die bereits bestehenden Ausklammerungstatbestände in [§ 2b Abs 1 Satz 2 BEEG](#) angeknüpft. Dies führe nur zur Heranziehung weiterer zugehöriger Kalendermonate, nicht aber zu einer Verkürzung des zwölfmonatigen Bemessungszeitraums. Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen bestünden nicht.

5

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des [§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG](#) in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes für Maßnahmen im Elterngeld aus Anlass der COVID-19-Pandemie vom 20.5.2020 ([BGBl I 1061](#); seit 1.9.2021 weitgehend inhaltsgleich [§ 2b Abs 1 Satz 4 BEEG](#)). Nach dieser Vorschrift sei der Berechnungszeitraum für das ihr gewährte Elterngeld um die Monate ersatzlos zu kürzen, in denen sie pandemiebedingt ein geringeres Einkommen gehabt habe. Diese von den bestehenden Ausklammerungstatbeständen in [§ 2b Abs 1 Satz 2 BEEG](#) abweichende Auslegung sei durch den Wortlaut und das gesetzgeberische Ziel geboten, bei der Berechnung des Elterngelds keine Nachteile infolge der COVID-19-Pandemie entstehen zu lassen. Die Sonderstellung dieses zeitlich befristet geltenden Ausnahmetatbestands zeige sich zudem dadurch, dass er nicht in [§ 2b Abs 1 Satz 2 BEEG](#) aufgenommen, sondern als eigener Satz in [§ 2b Abs 1 BEEG](#) eingefügt worden sei.

6

Die Klägerin beantragt,
das Urteil des LSG Niedersachsen-Bremen vom 2. Mai 2022 und den Gerichtsbescheid des SG Osnabrück vom 17. Januar 2022 aufzuheben und die Beklagte unter Änderung ihres Bescheids vom 18. Februar 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25. Mai 2021 zu verurteilen, ihr ausgehend von

einem monatlichen vorgeburtlichen Bruttoeinkommen in Höhe von 1775,90 Euro hÄheres Elterngeld zu zahlen.

7

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

8

Sie verteidigt das angegriffene Urteil. Da die Klägerin von einer Rückverlagerung des Bemessungszeitraums nicht habe profitieren können, sei das Elterngeld auf Grundlage der Monate September 2019 bis August 2020 zu berechnen gewesen.

9

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt ([ÄS 165 Satz 1](#), [ÄS 153 Abs 1](#), [ÄS 124 Abs 2 SGG](#)).

II

10

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet und daher zurückzuweisen ([ÄS 170 Abs 1 Satz 1 SGG](#)). Die Klägerin hat keinen Anspruch auf hÄheres Elterngeld unter Verkürzung des Bemessungszeitraums.

11

A. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist das Urteil des LSG, mit dem es die Berufung gegen den die Klage auf hÄheres Elterngeld auf Grundlage eines monatlichen vorgeburtlichen Bruttoeinkommen iHv 1775,90 Euro abweisenden Gerichtsbescheid des SG zurückgewiesen hat. Diesen Anspruch verfolgt die Klägerin zulässigerweise mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage ([ÄS 54 Abs 1 Satz 1 Alt 1 und Abs 4](#), [ÄS 56 SGG](#)), gerichtet auf den Erlass eines Grundurteils iS des [ÄS 130 Abs 1 SGG](#) (vgl BSG Urteil vom 25.6.2020 – [B 10 EG 2/19 R](#) – SozR 47837 – [ÄS 2c Nr 8 RdNr 33](#); BSG Urteil vom 30.9.2010 – [B 10 EG 11/09 R](#) – [BSGE 107, 10](#) – SozR 46180 Art 13 Nr 1, RdNr 19). In der im Revisionsverfahren auf Anregung des Senats erfolgten Anpassung der Formulierung des Antrags der Klägerin an die von ihr erhobenen Ansprüche ([ÄS 123 SGG](#)) und dem der Formulierung nach vorgenommenen Übergang von der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zur Anfechtungs- und Leistungsklage liegt keine nach [ÄS 168 SGG](#) im Revisionsverfahren unzulässige Klageänderung (vgl BSG Urteil vom 10.8.2016 – [B 14 AS 58/15 R](#) – SozR 44200 – [ÄS 22 Nr 91 RdNr 13](#); BSG Urteil vom 20.9.1989 – [7 R Ar 110/87](#) – [BSGE 65, 272](#) – [SozR 4100 – ÄS 78 Nr 8](#) – juris RdNr 32). Der Zustimmung der Beklagten bedurfte es hierfür nicht.

12

B. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf (Basis-)Elterngeld für die ersten zwölf Lebensmonate ihrer jüngeren Tochter auf Grundlage eines hÄheren vorgeburtlichen Bruttoeinkommens als in dem angefochtenen Bescheid vom

18.2.2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.5.2021 ([Â§Â 95 SGG](#)) ausgewiesen. Die dem Grunde nach zum Bezug von Elterngeld berechnete KlÃ¤gerin ist durch dessen Berechnung auf Grundlage des Einkommens aus nichtselbststÃ¤ndiger ErwerbstÃ¤tigkeit in den Monaten September 2019 bis August 2020 nicht beschwert (dazu unterÂ 1.). Verfassungsrechtliche Bedenken wegen der Berechnung des Elterngelds ausgehend von einem zwÃ¶lfmonatigen Bemessungszeitraum unter Einbeziehung zweier Monate, in denen das vorgeburtliche Einkommen der KlÃ¤gerin durch Kurzarbeit infolge der COVID-19-Pandemie verringert war, bestehen nicht (dazu unterÂ 2.).

13

1.Â Die KlÃ¤gerin ist durch die Berechnung der HÃ¶he des Elterngelds auf Grundlage des Einkommens aus nichtselbststÃ¤ndiger ErwerbstÃ¤tigkeit in den Monaten September 2019 bis August 2020 nicht beschwert. Diese Monate bilden den Ausgangspunkt fÃ¼r den Bemessungszeitraum (dazu unter a). Eine VerkÃ¼rzung des Bemessungszeitraums um Monate, in denen sie aufgrund der COVID-19-Pandemie ein geringeres Einkommen durch Kurzarbeit hatte, kann die KlÃ¤gerin nicht verlangen (dazu unterÂ b). Durch den Verzicht der Beklagten auf eine weitere Vorverlegung des Bemessungszeitraums aufgrund der Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie ist die KlÃ¤gerin nicht beschwert (dazu unterÂ c). Ausgehend hiervon war kein hÃ¶heres vorgeburtliches Bruttoeinkommen zu berÃ¼cksichtigen, als die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden ausgewiesen hat (dazu unterÂ d).

14

a)Â Ausgehend von der Grundregel nach [Â§Â 2 AbsÂ 1 SatzÂ 1](#) und [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 1 BEEG](#) sowie den bereits vor der COVID-19-Pandemie geltenden Ausnahmeregelungen des [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 2 BEEG](#) bilden die Monate September 2019 bis August 2020 den Bemessungszeitraum fÃ¼r die Berechnung des Elterngeldanspruchs der KlÃ¤gerin.

15

Elterngeld wird gemÃ¤Â [Â§Â 2 AbsÂ 1 SatzÂ 1 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 18.12.2014, [BGBlÂ I 2325](#)) grundsÃ¤tzlich iHv 67Â % des Einkommens aus ErwerbstÃ¤tigkeit vor der Geburt des Kindes gewÃ¤hrt. FÃ¼r die Ermittlung des Einkommens aus nichtselbststÃ¤ndiger ErwerbstÃ¤tigkeit iS von [Â§Â 2c BEEG](#) vor der Geburt sind nach [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 1 BEEG](#) ([Â§Â 2b BEEG](#) hier anzuwenden in der vom 1.3.2020 bis zum 31.12.2020 geltenden Fassung des Gesetzes fÃ¼r MaÂnahmen im Elterngeld aus Anlass der COVID-19-Pandemie vom 20.5.2020, [BGBlÂ I 1061](#)) die zwÃ¶lf Kalendermonate vor dem Kalendermonat der Geburt des Kindes maÂgeblich. Jedoch bleiben nach [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 2 BEEG](#) bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums Kalendermonate unberÃ¼cksichtigt, in denen die berechnete Person 1. im Zeitraum nach [Â§Â 4 AbsÂ 1 SatzÂ 1 BEEG](#) (in der vor dem 1.9.2021 geltenden Fassung) Elterngeld fÃ¼r ein Ã¤lteres Kind bezogen hat, 2. wÃ¤hrend der Schutzfristen nach [Â§Â 3](#) Mutterschutzgesetz nicht beschÃ¤ftigt werden durfte oder Mutterschaftsgeld nach dem SGBÂ V oder nach dem Zweiten Gesetz Ã¼ber die Krankenversicherung der Landwirte bezogen hat, 3.Â eine Krankheit hatte, die maÂgeblich durch eine Schwangerschaft bedingt war,

oder 4. Wehrdienst nach dem Wehrpflichtgesetz in der bis zum 31.5.2011 geltenden Fassung oder nach dem Vierten Abschnitt des Soldatengesetzes oder Zivildienst nach dem Zivildienstgesetz geleistet hat und in den Fällen der Nummern 3 und 4 dadurch ein geringeres Einkommen aus Erwerbstätigkeit hatte.

16

Vor der Geburt ihrer jüngeren Tochter im November 2020 hatte die Klägerin nur Einkommen aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit iS des [§ 2c BEEG](#). Daher sind für die Bemessung des Elterngelds grundsätzlich die Monate November 2019 bis Oktober 2020 maßgeblich. Jedoch bleiben die Monate September und Oktober 2020 wegen des von der Klägerin ab 9.2020 bezogenen Mutterschaftsgelds unberücksichtigt ([§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 2 Alt 2 BEEG](#)). Der Bemessungszeitraum war deshalb auf die Monate September 2019 bis August 2020 zu verschieben (vgl. zu dieser Rechtsfolge BSG Urteil vom 18.8.2011 – [B 10 EG 7/10 R](#) – [BSGE 109, 42](#) = [SozR 47837 § 2 Nr 10, RdNr 20](#)). Einer der weiteren Ausklammerungstatbestände des [§ 2b Abs 1 Satz 2 BEEG](#) lag nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) nicht vor und wird von der Klägerin auch nicht geltend gemacht.

17

b) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist der Bemessungszeitraum nicht um die Monate zu verkürzen, in denen sie aufgrund der COVID-19-Pandemie ein geringeres Einkommen hatte.

18

Nach [§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG](#) in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes für Maßnahmen im Elterngeld aus Anlass der COVID-19-Pandemie (vom 20.5.2020, [BGBl I 1061](#)) bleiben auf Antrag abweichend von Satz 2 bei der Ermittlung des Einkommens für die Zeit vom 1.3.2020 bis zum 31.12.2020 auch solche Kalendermonate unberücksichtigt, in denen die berechtigte Person aufgrund der COVID-19-Pandemie ein geringeres Einkommen aus Erwerbstätigkeit hatte und dies glaubhaft machen kann (seit 1.9.2021 mit Ausnahme eines modifizierten zeitlichen Anwendungsbereichs für die Ermittlung des pandemiebedingt reduzierten Einkommens inhaltsgleich [§ 2b Abs 1 Satz 4 BEEG](#)).

19

Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) hatte die Klägerin in den Monaten April und Mai 2020 wegen Kurzarbeit aufgrund der COVID-19-Pandemie ein verringertes Einkommen aus Erwerbstätigkeit. Dennoch kann die Klägerin nicht verlangen, dass diese Monate bei der Berechnung des vorgeburtlichen Einkommens gänzlich außer Acht gelassen werden und der Bemessungszeitraum hierdurch auf zehn Monate mit nicht verringertem Einkommen verkürzt wird. Vielmehr ist Rechtsfolge des [§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG](#) lediglich eine Modifizierung des Bemessungszeitraums dahingehend, dass an Stelle von Monaten mit pandemiebedingt verringertem Einkommen, die in den regulären Bemessungszeitraum fallen, weiter zurückliegende Kalendermonate in die Elterngeldberechnung einbezogen werden. Von der Länge des

Bemessungszeitraums iS des [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 1 BEEG](#) von zwÃ¼lf Kalendermonaten wird dabei nicht abgewichen. Dies entspricht der stÃ¤ndigen Rechtsprechung des BSG zu den AusklammerungstatbestÃ¤nden nach [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 2 BEEG](#) und dessen VorgÃ¤ngernormen (dazu unterÂ aa), an die [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 3 BEEG](#) nach Wortlaut (dazu unterÂ bb), Systematik (dazu unterÂ cc) und Regelungszweck (dazu unterÂ dd) gerade in Bezug auf die Rechtsfolge unmittelbar anknÃ¼pft.

20

aa)Â Das BSG hat bereits zu [Â§Â 2 AbsÂ 7 SatzÂ 5 und 6 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 5.12.2006 ([BGBlÂ I 2748](#)) entschieden, dass diese Bestimmungen lediglich eine Modifizierung des Bemessungszeitraums dahingehend vorsahen, dass an Stelle von bestimmten Monaten, die in den regulÃ¤ren Bemessungszeitraum fallen, weiter zurÃ¼ckliegende Kalendermonate in die Elterngeldberechnung einbezogen werden. Von der LÃ¤nge des Bemessungszeitraums iS des [Â§Â 2 AbsÂ 1 SatzÂ 1 BEEG](#) von zwÃ¼lf Kalendermonaten werde dabei nicht abgewichen (stRspr; zB BSG Urteil vom 18.8.2011 ââÂ [BÂ 10Â EG 7/10Â RÂ](#) ââ [BSGE 109, 42](#) =Â SozR 4-7837 Â§Â 2 NrÂ 10, RdNrÂ 20 mwN). FÃ¼r die im wesentlichen inhaltsgleichen Nachfolgeregelungen in [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 2 NrÂ 1 bis 3 BEEG](#) hat das BSG diese Rechtsprechung bestÃ¤tigt. Danach umfasst der Bemessungszeitraum auch in diesen FÃ¤llen zwÃ¼lf Monate, wird aber um die Anzahl der nicht zu berÃ¼cksichtigenden Kalendermonate in die Vergangenheit hinein verschoben (BSG Urteil vom 16.3.2017 ââÂ [BÂ 10Â EG 9/15Â RÂ](#) ââ [BSGE 123, 1](#) =Â SozR 47837 Â§Â 2b NrÂ 4, RdNrÂ 17; vgl auch BSG Urteil vom 27.6.2019 ââÂ [BÂ 10Â EG 1/18Â RÂ](#) ââ [BSGE 128, 235](#) =Â SozR 47837 Â§Â 2 NrÂ 33, RdNrÂ 14; BSG Beschluss vom 5.3.2021 ââÂ [BÂ 10Â EG 10/20Â BÂ](#) ââ juris RdNrÂ 11). Diese Auffassung wird im einschlÃ¤gigen Schrifttum geteilt (zB RÃ¶hl in BeckOK ArbR, Stand 1.9.2023, [Â§Â 2b BEEG](#) RdNrÂ 3; GrÃ¼ner/Jung/Wiegand, BEEG, Â§Â 2b RdNrÂ 9, Stand 24.Â ErgÃ¤nzungslieferung ; Schnell in Tillmanns/ Mutschler, MuSchG/BEEG, 3.Â Aufl 2021, [Â§Â 2b BEEG](#) RdNrÂ 13; GÃ¼sslein-WeiÃ in Roos/Bieresborn, MuSchG/BEEG, 2.Â Aufl 2020, [Â§Â 2b BEEG](#) RdNrÂ 27; Brose in Brose/Weth/Volk, MuSchG und BEEG, 9.Â Aufl 2020, [Â§Â 2b BEEG](#) RdNrÂ 8; Lenz/Wagner in Rancke/Pepping, Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit, 6.Â Aufl 2022, [Â§Â 2b BEEG](#) RdNrÂ 8). Sie entspricht der damaligen und heutigen Verwaltungspraxis (vgl Bundesministerium fÃ¼r Familie, Senioren, Frauen und Jugend , Richtlinien zum BEEG, Stand 9/2020, TeilÂ I ZiffÂ 2b.1.2.1; Richtlinien zum BEEG, Stand 8/2023, TeilÂ I ZiffÂ 2b.1.2) und war nicht zuletzt auch in jÃ¼ngerer Zeit AnknÃ¼pfungspunkt der Gesetzgebung fÃ¼r Ã¤nderungen im Zusammenhang mit den AusklammerungstatbestÃ¤nden in [Â§Â 2b AbsÂ 1 BEEG](#) (vgl zB BegrÃ¼ndung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 18.11.2020 eines Zweiten Gesetzes zur Ã¤nderung des BEEG, [BT-Drucks 19/24438, SÂ 26](#) zu ArtÂ 1 NrÂ 3 BuchstÂ a DoppelbuchstÂ cc).

21

bb)Â An diese Rechtslage knÃ¼pft der durch das Gesetz fÃ¼r MaÃnahmen im Elterngeld aus Anlass der COVID-19-Pandemie ([BGBlÂ I 2020, 1061](#)) mit Wirkung zum 1.3.2020 neu eingefÃ¼gte und hier maÃgebliche [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 3 BEEG](#) schon dem Wortlaut nach erkennbar an. Wie [Â§Â 2b AbsÂ 1 SatzÂ 2 BEEG](#) spricht

auch Satz 3 davon, dass bestimmte Kalendermonate unberücksichtigt bleiben. Aus dem Wortlaut ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass unberücksichtigt bleiben in Satz 3 eine andere Wortbedeutung zukommen sollte als in Satz 2. Soweit Satz 3 mit den Worten „Abweichend von Satz 2“ eingeleitet wird, bezieht sich dies schon nach der Satzstellung auf die darauf folgenden Worte „bleiben auf Antrag“. Dies unterstreicht zudem der Vergleich mit den Ausklammerungstatbeständen nach Satz 2, die damals wie heute kein Antragserfordernis enthalten. Im Gegenteil wird erst seit 1.9.2021 den Elterngeldberechtigten die Möglichkeit eingeräumt, durch einen Antrag die Anwendung der Ausklammerungstatbestände des [§ 2b Abs 1 Satz 2 BEEG](#) einzuschränken ([§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG](#) idF des Gesetzes vom 15.2.2021, [BGBl I 239](#)).

22

cc) Die inhaltliche Anknüpfung des neuen, aus Anlass der COVID-19-Pandemie geschaffenen Ausklammerungstatbestands in [§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG](#) an die in Satz 2 bereits bestehenden Tatbestände wird in systematischer Hinsicht durch dessen Einfügung im unmittelbaren Anschluss an diese bestätigt. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass bei einem vom Gesetzgeber beabsichtigten inhaltlichen Gleichlauf eine Einfügung als weitere Nummer in Satz 2 zu erwarten gewesen wäre. Denn abweichend von den Ausklammerungstatbeständen nach Satz 2 setzt der neue Tatbestand einen Antrag voraus. Daher ist es folgerichtig, dass der neue Ausklammerungstatbestand nach Satz 2 eingefügt wurde und mit den Worten „Abweichend von Satz 2 bleiben auf Antrag“ beginnt.

23

dd) Etwas anderes lässt sich auch nicht aus dem Regelungszweck herleiten, wie er sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt. Vielmehr wird die vorstehend dargestellte Auslegung hierdurch und durch die Regelungsgeschichte bestätigt.

24

Zwar wird in der Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes für Maßnahmen im Elterngeld aus Anlass der COVID-19-Pandemie ([BT-Drucks 19/18698](#)) ausgeführt, dass während des Bezugs von Elterngeld Einkommensersatzleistungen, die Eltern aufgrund der COVID-19-Pandemie erhalten, die Höhe des Elterngelds nicht reduzieren sollen ([BT-Drucks 19/18698, S. 1](#)) und dies ausdrücklich auch für pandemiebedingte Einkommensverluste durch Kurzarbeit gelten soll ([BT-Drucks 19/18698, S. 5](#)). Während der Ausschussberatungen wurde von Seiten der Regierungsfaktionen zudem betont, dass „frisch gebackene und werdende Eltern“ keine finanziellen Nachteile aus der Corona-Pandemie erleiden sollten (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, [BT-Drucks 19/19038, S. 11](#)), und man sicherstellen wolle, dass Eltern keine Kürzungen des Elterngelds aufgrund coronabedingter Kurzarbeit oder eines Jobverlusts erfahren (aaO, S. 12). Jedoch sollte dieses Ziel, wie der Fraktionsentwurf deutlich hervorhebt, mittels eines zusätzlichen Ausklammerungstatbestands erreicht werden ([BT-Drucks 19/18698, S. 7](#)), der die nach [§ 2b Abs 1 Satz 2 BEEG](#) bereits bestehenden ergänzt.

25

Soweit im Fraktionsentwurf ¹ worauf die Kl²gerin abstellt³ ⁴ von einem ⁵ atypischen Ausklammerungstatbestand⁶ die Rede ist ([BT-Drucks 19/18698, S⁷ 7](#)), bezieht sich die Atypik auf den Ausklammerungsgrund und nicht auf die Rechtsfolge (ebenso von Koppenfels-Spies in Knickrehm/Ro⁸bach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl 2023, [⁹ 2b BEEG RdNr¹⁰ 4a](#); R¹¹hl in BeckOK ArbR, Stand 1.9.2023, [¹² 2b BEEG RdNr¹³ 10a](#)). Denn unmittelbar davor wird auf den Grundsatz verwiesen, wonach das BEEG eine Ausklammerung nur aus eng mit Schwangerschaft und Geburt verkn¹⁴pfen Gr¹⁵nden oder auf Grundlage besonderer staatlicher Pflichten erlaubt und Einkommenswegf¹⁶lle aus anderen Gr¹⁷nden wie zB der Arbeitsmarktlage oder Krankheit bereits durch den vergleichsweise langen Bemessungszeitraum von zw¹⁸lf¹⁹ Monaten aufgefangen werden ([BT-Drucks 19/18698, S²⁰ 7](#)). Abweichend von dieser Typik sollte wegen der durch die COVID-19-Pandemie eingetretenen einzigartigen Situation ein weiterer Ausklammerungstatbestand geschaffen werden, der weder auf eng mit Schwangerschaft und Geburt verkn²¹pfen Gr²²nden noch auf besonderen staatlichen Pflichten beruht ([BT-Drucks 19/18698, S²³ 7](#)).

26

Das Regelungsziel der Vermeidung von Nachteilen beim Elterngeld durch Kurzarbeit und andere pandemiebedingte Einkommensverluste sollte ausweislich der Begr²⁴ndung des Fraktionsentwurfs dadurch erreicht werden, dass der Zeitraum vom 1.5.2020 bis zum 31.12.2020 auf Antrag ausgeklammert werden kann ([BT-Drucks 19/18698, S²⁵ 7](#)). Die in dieser Passage des Fraktionsentwurfs in Wortwahl und Kontext vorliegende unmittelbare Bezugnahme auf die bereits bestehenden Ausklammerungstatbest²⁶nde des [²⁷ 2b Abs²⁸ 1 Satz²⁹ 2 BEEG](#) l³⁰sst ³¹ ³² entgegen der Ansicht der Kl³³gerin³⁴ ³⁵ nur den Schluss zu, dass diese ³⁶ Ausklammerung³⁷ in derselben Weise erfolgen sollte wie in den F³⁸llen des Satzes³⁹ 2 (im Ergebnis ebenso von Koppenfels-Spies in Knickrehm/Ro⁴⁰bach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl 2023, [⁴¹ 2b BEEG RdNr⁴² 4a](#); R⁴³hl in BeckOK ArbR, Stand 1.9.2023, [⁴⁴ 2b BEEG RdNr⁴⁵ 10a](#); Me⁴⁶lling in Schlegel/Me⁴⁷lling/Bockholdt, COVID-19-Corona-Gesetzgebung ⁴⁸ Gesundheit und Soziales, 2. Aufl 2022, [⁴⁹ 5 RdNr⁵⁰ 18](#)).

27

Die Funktionsweise der Ausklammerungstatbest⁵¹nde und die Tatsache, dass eine Verschiebung des Bemessungszeitraums in die Vergangenheit f⁵²hr Elterngeldberechtigte m⁵³glicherweise auch nachteilig sein kann, musste dem Gesetzgeber bei der Behandlung des Gesetzes f⁵⁴hr Ma⁵⁵nahmen im Elterngeld aus Anlass der COVID-19-Pandemie bewusst gewesen sein. Die Rechtsprechung des BSG hatte mehrfach solch nachteilige Konstellationen zum Gegenstand (vgl zB BSG Urteil vom 16.3.2017 ⁵⁶ [⁵⁷ 10⁵⁸ EG 9/15⁵⁹ R⁶⁰ ⁶¹ BSGE 123, 1 =⁶² SozR 47837 ⁶³ 2b Nr⁶⁴ 4](#); BSG Urteil vom 18.8.2011 ⁶⁵ [⁶⁶ 10⁶⁷ EG 7/10⁶⁸ R⁶⁹ =⁷⁰ BSGE 109, 42 =⁷¹ SozR 47837 ⁷² 2 Nr⁷³ 10](#)). Der Gesetzgeber hat die Rechtsprechung des BSG zum BEEG stets intensiv beobachtet und wiederholt zum Anlass f⁷⁴hr gesetzliche ⁷⁵ Klarstellungen⁷⁶ genommen. Ausweislich des Fraktionsentwurfs war dies gerade auch beim Gesetz f⁷⁷hr Ma⁷⁸nahmen im Elterngeld aus Anlass der COVID-19-Pandemie der Fall (vgl [BT-Drucks 19/18698, S⁷⁹ 5](#), wo die Neuregelung

der zeitlichen Zuordnung von Einnahmen aus nichtselbstständiger und selbstständiger Arbeit mit dem Urteil des BSG vom 27.6.2019 [begründet wird](#)). Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme fern, zur vollständigen Vermeidung von pandemiebedingten Nachteilen beim Elterngeld habe die Ausklammerung auf andere Weise stattfinden sollen als in den Fällen des Â§ 2b Abs 1 Satz 2 BEEG. Dies gilt umso mehr, als mit dem von Satz 2 abweichenden Antragserfordernis den Elterngeldberechtigten schon vor der durch Gesetz vom 15.2.2021 (BGBl I 239) zum 1.9.2021 erfolgten Einföhrung des neuen Â§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG die Möglichkeit eingeräumt wurde, eine für sie trotz pandemiebedingter Einkommensverluste nachteilige Verschiebung des Bemessungszeitraums zu vermeiden.

28

c) Ob die Beklagte trotz der durch die COVID-19-Pandemie verursachten Kurzarbeit und des Antrags der Klägerin nach [Â§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG](#) von einer Vorverlegung des Bemessungszeitraums um weitere zwei Monate absehen durfte, bedarf keiner Entscheidung. Denn die Klägerin ist hierdurch nicht in ihren Rechten beschwert.

29

Nach der zum Zeitpunkt der Geburt der jüngeren Tochter der Klägerin im November 2020 noch anwendbaren Rechtslage war jedenfalls die Regelung des [Â§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 2 Alt 2 BEEG](#), wonach Monate mit Bezug von Mutterschaftsgeld aus dem Bemessungszeitraum auszuklammern sind, zwingend. Der Elterngeldbehörde war es untersagt, nach eigenem Ermessen zugunsten des Elterngeldberechtigten von ihrer Anwendung abzusehen. Dies hatte das BSG mit Urteil vom 16.3.2017 ([B 10a EG 9/15a R](#) = [BSGE 123, 1](#) = [SozR 47837 Â§ 2b Nr 4](#), [RdNr 33a ff](#)) unter Aufgabe seiner anderslautenden Rechtsprechung zur Vorgängervorschrift (BSG Urteil vom 18.8.2011 = [B 10a EG 7/10a R](#) = [BSGE 109, 42](#) = [SozR 47837 Â§ 2 Nr 10](#)) entschieden. Ob diese erst durch Einföhrung des neuen Satz 3 nach [Â§ 2b Abs 1 BEEG](#) mit Wirkung ab 1.9.2021 (durch Gesetz vom 15.2.2021, [BGBl I 239](#); vgl hierzu Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des BEEG, [BT-Drucks 19/24438, S 26](#)) geänderte Rechtslage auch auf [Â§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG](#) in der hier noch maßgeblichen Fassung des Gesetzes vom 20.5.2020 zutrifft, sofern wie im vorliegenden Fall ein Antrag auf eine solche Ausnahme gestellt worden ist (vgl zum Antragserfordernis auch BMFSFJ, Richtlinien zum BEEG, Stand 09/2020, Teil I Ziff 2b.1.2.2 und Ziff 2b.1.3) kann vorliegend dahinstehen. Die Klägerin ist durch die Entscheidung der Beklagten, von der Ausklammerung der Monate April und Mai 2020 und der Ergänzung des Bemessungszeitraums um die Monate Juli und August 2019 abzusehen, nicht beschwert. Denn anderenfalls wären bei der Ermittlung des vorgeburtlichen Einkommens anstelle von zwei Monate mit verringertem Entgelt zwei Monate ohne Entgelt berücksichtigt worden, wodurch der Elterngeldanspruch der Klägerin niedriger hätte festgesetzt werden müssen als erfolgt.

30

d) Ausgehend von dem die Klägerin jedenfalls nicht beschwerenden

Bemessungszeitraum von September 2019 bis August 2020 hat sie keinen Anspruch auf Elterngeld, das auf Grundlage eines höheren vorgeburtlichen Bruttoeinkommens zu berechnen ist. Vielmehr bezog die Klägerin in diesem Zeitraum nach den für den Senat bindenden Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) sogar ein geringfügig niedrigeres vorgeburtliches monatliches Bruttoeinkommen, als es die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden berücksichtigt hat.

31

2. Verfassungsrechtliche Bedenken wegen der Berechnung des Elterngelds der Klägerin ausgehend von einem zwölfmonatigen Bemessungszeitraum unter Einbeziehung zweier Monate, in denen ihr vorgeburtliches Einkommen durch Kurzarbeit infolge der COVID-19-Pandemie verringert war, bestehen nicht.

32

Zwar führt die dargestellte Rechtsfolge des [§ 2b Abs 1 Satz 3 BEEG](#) zu einer Ungleichbehandlung von Personen wie der Klägerin, deren pandemiebedingt verringertes Einkommen wegen fehlender Erwerbstätigkeit in den von der Vorverlagerung des Bemessungszeitraums betroffenen Monaten unausgeglichen bleibt, gegenüber Personen, deren Einkommen während der Pandemie oder in den Vorverlagerungsmonaten nicht verringert war. Diese bereits in der einkommensabhängigen Ausgestaltung des Elterngelds angelegte Differenzierung der Höhe des Elterngelds und die damit einhergehende Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt (vgl. BVerfG Beschluss vom 9.11.2011 – [1 BvR 1853/11](#) – [BVerfGK 19, 186](#) – juris RdNr. 9 ff; BSG Urteil vom 24.3.2022 – [BA 10 EG 1/20 R](#) – [SozR 47837 § 2 Nr. 34 RdNr. 35](#) ff). Dies gilt auch im Hinblick auf die Verwirklichung des staatlichen Schutz- und Fürderungsauftrags des [Art 6 Abs 1 und 2 GG](#), wobei in Rechnung zu stellen ist, dass dem Gesetzgeber im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personengruppen und bei der Ausgestaltung der Familienfürderung grundsätzlich ein weiterer Gestaltungsspielraum zukommt (BVerfG, aaO, juris RdNr. 13 mwN). Dass bei einer Ausgestaltung des Elterngelds als Kompensationsleistung für geburtsbedingten Einkommensverlust Unterschiede der Fürderung zwischen Familien je nach dem vorgeburtlichen Einkommen der Eltern entstehen, ist verfassungsrechtlich angesichts der gesetzlichen Zielsetzung, durch die Kompensation des Wegfalls individuellen Einkommens eine Hinauszögerung des Kinderwunschs verursachende finanzielle Unsicherheiten zu verhindern, hinzunehmen. Dies gilt umso mehr, als die Regelung sowohl Eltern wie die Klägerin, deren Einkommen während eines Teils des Bemessungszeitraums pandemiebedingt gemindert ist als auch Eltern ohne vorgeburtliches Einkommen nicht grundsätzlich ohne Fürderung lässt (vgl. BVerfG, aaO, juris RdNr. 15, 17).

33

C. Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#) und trägt dem Unterliegen der Klägerin als Revisionsführerin Rechnung.

Ä

Erstellt am: 11.01.2024

Zuletzt verändert am: 21.12.2024