
S 32 EG 2/19

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Elterngeld - Elterngeld Plus - Partnerschaftsbonus - Arbeitszeitkorridor - Krankheit - vorübergehende Arbeitsunfähigkeit - Zeitraum des Krankengeldbezugs nach Entgeltfortzahlung - Begriff der Erwerbstätigkeit - Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Gerichte - BEEG-Richtlinien - richterliche Nachprüfung der Rechtsanwendung durch die Verwaltung - kein Wegfall des Elterngeldanspruchs bei vorübergehender Krankenhausbehandlung - gesetzlicher Zweck des Partnerschaftsbonus
Leitsätze	Bezieher von Elterngeld Plus als Partnerschaftsbonus sind auch dann „erwerbstätig“, wenn sie ihre auf die gesetzlich vorgeschriebene Zahl an Wochenstunden festgelegte Tätigkeit während einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit nicht tatsächlich ausüben können, sofern das Arbeitsverhältnis fortbesteht und die konkrete Tätigkeit voraussichtlich wieder aufgenommen werden wird.
Normenkette	BEEG § 4 Abs 4 S 3 Nr 1 F: 2015-01-27; BEEG § 4b Abs 1 Nr 1 ; BEEG § 1 Abs 5 ; BEEG § 3 Abs 1 S 1 Nr 5 ; BEEG § 4 Abs 6 S 1 Nr 3 F: 2015-01-27; BEEG § 8 Abs 3 S 1 Nr 4 F: 2015-01-27; EntgFG § 3 Abs 1 ; FlexEZeitEGeldPIEG; SGB V § 44 Abs 1 ; GG Art 19 Abs 4 ; GG Art 20 Abs 3
1. Instanz	
Aktenzeichen	S 32 EG 2/19

Datum 18.02.2022

2. Instanz

Aktenzeichen L 2 EG 5/22

Datum 20.06.2022

3. Instanz

Datum 07.09.2023

Â

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 20. Juni 2022 wird zurÃ¼ckgewiesen.

Die Beklagte hat dem KlÃ¤ger die auÃgerichtlichen Kosten auch des Revisionsverfahrens zu erstatten.

Â

G r Ã¼ n d e :

I

1

Die Beteiligten streiten Ã¼ber die Erstattung von Elterngeld Plus, das dem KlÃ¤ger als Partnerschaftsbonus fÃ¼r den 14. bis 17.Â Lebensmonat seines Sohnes als Partnerschaftsbonus vorlÃ¤ufig bewilligt worden war.

2

Der KlÃ¤ger erhielt fÃ¼r den 7. und 13.Â Lebensmonat seines am 28.1.2016 geborenen Sohnes zunÃ¤chst Basiselterngeld (Bescheid vom 11.7.2016). FÃ¼r den 14. bis 17.Â Lebensmonat beantragten beide Eltern Elterngeld Plus als Partnerschaftsbonus. FÃ¼r diesen Zeitraum vereinbarte der KlÃ¤ger mit seinem Arbeitgeber eine Reduzierung der zuvor in Vollzeit ausgeÃ¼bten BerufstÃtigkeit auf 30Â Wochenstunden. Die Mutter vereinbarte eine wÃchentliche Arbeitszeit von 25Â Stunden mit ihrem Arbeitgeber. Die Beklagte bewilligte dem KlÃ¤ger daraufhin vorlÃ¤ufig fÃ¼r diese vier Monate Elterngeld Plus in HÃhe von monatlich 160,77 Euro (Bescheid vom 27.12.2016).

3

Ab Beginn des 14.Â Lebensmonats seines Sohnes am 28.2.2017 arbeitete der KlÃ¤ger â wie vereinbart â nur noch 30Â Stunden wÃchentlich. Vom 8.3.2017 bis zum 26.6.2017 war er arbeitsunfÃhig erkrankt und befand sich vom 19. bis zum 22.5.2017 in stationÃrter Behandlung. FÃ¼r die ersten sechs Wochen der ArbeitsunfÃhigkeit wurde sein Entgelt vom Arbeitgeber fortgezahlt. Vom 19.4.2017 bis zum 26.6.2017 erhielt er Krankengeld. AnschlieÃend nahm er seine TÃtigkeit im vereinbarten Umfang wieder auf.

4

Mit Bescheid vom 11.6.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.1.2019 hob die Beklagte die Bewilligung des Elterngelds ab dem 28.2.2017 auf und setzte die Leistung neu fest. Das als Partnerschaftsbonus gewährte Elterngeld Plus für den 14. bis 17. Lebensmonat des Kindes forderte sie vom Kläger zurück, weil er die tatbestandliche Voraussetzung der Erwerbstätigkeit nicht erfüllt habe. Die Erwerbstätigkeit habe mit dem Auslaufen der Entgeltfortzahlung geendet.

5

Die hiergegen gerichtete Klage hat das SG abgewiesen (Urteil vom 18.2.2022). Auf die Berufung des Klägers hat das LSG das Urteil des SG und die angefochtenen Bescheide aufgehoben, weil ungeachtet der vorübergehenden Erkrankung des Klägers die Voraussetzungen für den Bezug von Elterngeld Plus im 14. bis 17. Lebensmonat des Sohnes erfüllt seien. Eine Überzahlung liege auch unter Anrechnung des Krankengelds nicht vor. Beide Elternteile erfüllten die Grundvoraussetzungen des Elterngeldanspruchs und seien jeweils im vorgeschriebenen Umfang erwerbstätig gewesen. Die krankheitsbedingte Unterbrechung der Berufstätigkeit des Klägers sei unschädlich, weil deren vertraglich vereinbarter Umfang den gesetzlichen Vorgaben entsprochen habe. Abhängig vom Tätigkeitsstatus führe die Anknüpfung an die Entgeltfortzahlung zu sachwidrigen Ungleichbehandlungen. Zudem widerspreche es dem gesetzgeberischen Ziel der Förderung einer partnerschaftlichen Aufgabenteilung, wenn der Elterngeldanspruch von unbeeinflussbaren Zufallsfaktoren wie dem Eintritt einer Krankheit abhängig sei (Urteil vom 20.6.2022).

6

Mit ihrer Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des [§ 4 Abs 4 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 18.12.2014, [BGBl I 2325](#)). Der Kläger habe keinen Anspruch auf Elterngeld Plus als Partnerschaftsbonus gehabt, weil er infolge seiner Arbeitsunfähigkeit nicht erwerbstätig gewesen sei. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sei Erwerbstätigkeit nicht nur das passive Innehaben einer Arbeitsstelle, sondern die aktive Ausübung der Berufstätigkeit. Lasse der Krankengeldanspruch den Entgeltfortzahlungsanspruch ab, könne nicht mehr von einer Erwerbstätigkeit oder ihrer nur vorübergehenden Unterbrechung ausgegangen werden.

7

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des LSG Niedersachsen-Bremen vom 20. Juni 2022 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG Hannover vom 18. Februar 2022 zurückzuweisen.

8

Der Kläger beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

9

Er verteidigt das angegriffene Urteil.

II

10

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet und daher zurückzuweisen ([ÄSÄ 170 AbsÄ 1 SatzÄ 1 SGG](#)).

11

Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 11.6.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.1.2019 ([ÄSÄ 95 SGG](#)) ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten, weil die Beklagte sein Elterngeld Plus zu niedrig festgesetzt und zu Unrecht überzahltes Elterngeld Plus zurückgefordert hat. Das LSG hat diese Bescheide daher zu Recht aufgehoben.

12

A. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist das allein von der Beklagten angegriffene Urteil des LSG, mit dem es das klageabweisende Urteil des SG und die angefochtenen Bescheide der Beklagten aufgehoben hat.

13

Gegen diese Bescheide hat sich der Kläger zulässig mit der isolierten Anfechtungsklage ([ÄSÄ 54 AbsÄ 1 SatzÄ 1 AltÄ 1 SGG](#)) gewandt (vgl BSG Urteil vom 8.3.2018 – [BÄ 10Ä EG 8/16Ä RÄ](#) – [BSGE 125, 162](#) = SozR 47837 – [ÄSÄ 2c NrÄ 3, RdNrÄ 18 mwN](#)). Denn sein Klagebegehren ([ÄSÄ 123 SGG](#)) war allein auf die Wiederherstellung der zuvor durch Bescheid vom 27.12.2016 erfolgten Bewilligung von Elterngeld Plus auch für den 14. bis 17. Lebensmonat seines Kindes gerichtet. Die nur vorläufige Bewilligung steht einer gerichtlichen Entscheidung nicht entgegen (stRspr; zB BSG Urteil vom 27.10.2022 – [BÄ 10Ä EG 4/20Ä RÄ](#) – [juris RdNrÄ 20](#), zur Veröffentlichung in SozRÄ 4 vorgesehen).

14

B. Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Aufhebung der zuvor erfolgten vorläufigen Bewilligung von Elterngeld Plus als Partnerschaftsbonus für die Zeit ab dem 28.2.2017 und dessen Rückforderung ist rechtswidrig.

15

Zwar war die Beklagte grundsätzlich nach [ÄSÄ 8 AbsÄ 3 SatzÄ 1 NrÄ 4 BEEG](#) in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes vom 18.12.2014 ([BGBlÄ I 2325](#)) befugt, die vorläufige Bewilligung durch Bescheid vom 27.12.2016 mit dem Änderungsbescheid vom 11.6.2018 teilweise aufzuheben (vgl BSG Urteil vom 27.10.2022 – [BÄ 10Ä EG 4/20Ä RÄ](#) – [juris RdNrÄ 22](#), zur Veröffentlichung in SozRÄ 4 vorgesehen) und nach [ÄSÄ 42 AbsÄ 2 SatzÄ 2 SGBÄ I](#) die Erstattung der (vermeintlich) entstandenen Überzahlung zu verlangen (stRspr; zB BSG, aaO, RdNrÄ 55; BSG Urteil vom 5.4.2012 – [BÄ 10Ä EG 10/11Ä RÄ](#) – [SozR 47837 ÄSÄ 2 NrÄ 14 RdNrÄ 39Ä ff](#)). Die Voraussetzungen hierfür lagen jedoch nicht vor. Denn der dem Kläger bereits zuerkannte Anspruch auf Elterngeld Plus als

Partnerschaftsbonus für den 14. bis 17. Lebensmonat seines Sohnes war weder entfallen (dazu unter 1.) noch gemindert (dazu unter 2.).

16

1. Der Kläger hat Anspruch auf Elterngeld Plus als Partnerschaftsbonus für den 14. bis 17. Lebensmonat seines Sohnes.

17

Anspruch auf vier weitere Monatsbeträge Elterngeld Plus als Partnerschaftsbonus besteht nach [§ 4 Abs 4 Satz 3 BEEG](#) (in der hier noch anzuwendenden, ab 1.1.2015 geltenden Fassung des Gesetzes zur Einführung des Elterngeld Plus mit Partnerschaftsbonus und einer flexibleren Elternzeit im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz vom 18.12.2014, [BGBl I 2325](#)) für jeden Elternteil, wenn beide Elternteile in vier aufeinander folgenden Lebensmonaten gleichzeitig (1.) nicht weniger als 25 und nicht mehr als 30 Wochenstunden im Durchschnitt des Monats erwerbstätig sind (dazu unter b) und (2.) die Voraussetzungen des [§ 1 BEEG](#) erfüllen (dazu unter a). Diese Voraussetzungen müssen schon dem Wortlaut nach während des gesamten Zeitraums von beiden Elternteilen erfüllt werden, was auch durch die Gesetzesmaterialien (Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Einführung des Elterngeld Plus mit Partnerschaftsbonus und einer flexibleren Elternzeit im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, [BT-Drucks 18/2583, S 28](#) f) bestärkt wird.

18

a) Die Voraussetzungen des [§ 1 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 18.12.2014, [BGBl I 2325](#)) wurden von beiden Eltern während des 14. bis 17. Lebensmonat ihres Sohnes erfüllt.

19

Nach den unangegriffenen und deshalb bindenden ([§ 163 SGG](#)) tatsächlichen Feststellungen des LSG hatten beide Eltern ihren Wohnsitz in Deutschland ([§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BEEG](#)), lebten mit ihrem Kind in einem Haushalt ([§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 2 BEEG](#)), waren mit nicht mehr als 30 Wochenstunden nicht voll erwerbstätig ([§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 4; Abs 6 BEEG](#)) und betreuten und erzogen das Kind selbst ([§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 3 BEEG](#)).

20

Der persönlichen Betreuung und Erziehung ist von [§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 3 BEEG](#) durch den Kläger stehen weder dessen viertägige stationäre Behandlung noch die weitere Zeit der Arbeitsunfähigkeit entgegen. Sofern die Betreuung und Erziehung des Kindes aus einem wichtigen Grund unterbrochen werden muss, bleibt der Anspruch auf Elterngeld auch wie in [§ 1 Abs 5 BEEG](#) ausdrücklich geregelt unberührt. Als wichtiger Grund ist es insbesondere anzusehen, wenn sich wie vorliegend die berechnete Person vorübergehend in Krankenhausbehandlung befindet oder begeben muss (vgl Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, [BT-Drucks 16/1889, S 19](#)). Für die weitere Zeit der Arbeitsunfähigkeit hat das Berufungsgericht eine unter Anpassung der wechselseitigen Beiträge an die

vorübergehenden krankheitsbedingten Besonderheiten fortbestehende persönliche Betreuung und Erziehung des Kindes durch beide Eltern festgestellt.

21

b) Beide Eltern waren auch in vier aufeinanderfolgenden Lebensmonaten gleichzeitig im nach [§ 4 Abs 4 Satz 3 Nr 1 BEEG](#) vorgeschriebenen Umfang von nicht weniger als 25 und nicht mehr als 30 Wochenstunden im Durchschnitt des Monats erwerbstätig.

22

Für die Mutter ist dies durch das LSG bindend festgestellt und zwischen den Beteiligten nicht umstritten. Für den Kläger steht dies bis zum Ende der Entgeltfortzahlung am 18.4.2017 ebenfalls außer Streit. Er hatte mit seinem Arbeitgeber für den 14. bis 17. Lebensmonat seines Sohnes eine wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden vereinbart und mit Ausnahme der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit vom 8.3. bis zum 26.6.2017 tatsächlich geleistet. Aber auch für die Zeit nach Auslaufen der Entgeltfortzahlung ist eine Erwerbstätigkeit des Klägers iS von [§ 4 Abs 4 Satz 3 Nr 1 BEEG](#) nicht entfallen. Dem steht nicht entgegen, dass er wegen seiner Arbeitsunfähigkeit vorübergehend keine Arbeitsleistung für seinen Arbeitgeber erbracht und von diesem kein Entgelt erhalten hat.

23

Soweit sich die Beklagte für ihre gegenteilige Auffassung auf Ziff 4.4.3.2 der vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) herausgegebenen Richtlinien zum BEEG (Stand 08/2016 bzw 05/2017; heute Ziff 4b.1.1. Stand August 2023) beruft, sind diese wegen ihrer fehlenden Qualität als Gesetz iS von Art 20 Abs 3, Art 97 Abs 1 GG (BVerfG Beschluss vom 31.5.1988 – [1 BvR 520/83](#) – BVerfGE 78, 214 – juris RdNr 37; BSG Urteil vom 4.9.2013 – [B 10 EG 4/12 R](#) – SozR 47837 – § 1 Nr 5 RdNr 17) für den Senat nicht verbindlich. Solche Verwaltungsvorschriften sind grundsätzlich Gegenstand, nicht jedoch Maßstab richterlicher Kontrolle (BVerfG Beschluss vom 31.5.2011 – [1 BvR 857/07](#) – BVerfGE 129, 1 – juris RdNr 71; BVerfG Beschluss vom 31.5.1988 – [1 BvR 520/83](#) – BVerfGE 78, 214 – juris RdNr 37). Beruht eine angefochtene Verwaltungsentscheidung – wie hier mit dem Begriff „erwerbstätig“ – auf der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, so ist deren Konkretisierung grundsätzlich Sache der Gerichte, die die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden uneingeschränkt nachzuprüfen haben (BVerfG Beschluss vom 31.5.2011 – [1 BvR 857/07](#) – BVerfGE 129, 1 – juris RdNr 70).

24

Ausgehend hiervon ergibt eine Auslegung des Begriffs „erwerbstätig“ in [§ 4 Abs 4 Satz 3 BEEG](#), dass Berechtigte auch dann „erwerbstätig“ sind, wenn sie ihre auf die gesetzlich vorgeschriebene Zahl an Wochenstunden festgelegte Tätigkeit während einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit nicht tatsächlich ausüben können, sofern das Arbeitsverhältnis oder – bei Selbstständigen – der Geschäftsbetrieb fortbestehen und die konkrete

Tätigkeit voraussichtlich wieder aufgenommen werden wird. Dies kann zwar nicht allein dem fÄ¼r eine solche Auslegung offenen Wortlaut der Norm entnommen werden (dazu unter aa), jedoch sprechen hierfÄ¼r entscheidend die Systematik (dazu unter bb) und der Sinn und Zweck (dazu unter cc) der Bestimmungen Ä¼ber den Partnerschaftsbonus.

25

aa) Der Wortlaut des [Ä§Ä 4 AbsÄ 4 SatzÄ 3 BEEG](#) ist entgegen der Ansicht der Beklagten offen fÄ¼r eine Auslegung im Sinne des Fortbestands einer im vorgeschriebenen Umfang vereinbarten und tatsÄ¼chlich ausgeÄ¼bten ErwerbstÄ¼tigkeit wÄ¼hrend einer vorÄ¼bergehenden krankheitsbedingten Unterbrechung auch nach Ende der Lohnfortzahlung. Dies gilt zunÄ¼chst fÄ¼r das BEEG selbst (dazu unter). Aber auch auÄ¼erhalb des BEEG gibt es weder ein allgemeines noch ein juristisches WortverstÄ¼ndnis von â¼ErwerbstÄ¼tigâ¼, das vorÄ¼bergehende Unterbrechungen der tatsÄ¼chlichen TÄ¼tigkeitsausÄ¼bung ausschlie¼t (dazu unter).

26

(1)Ä Der Begriff â¼ErwerbstÄ¼tigâ¼ ist im BEEG nicht gesetzlich definiert. Zwar wird â¼ErwerbstÄ¼tigâ¼ oder â¼ErwerbstÄ¼tigkeitâ¼ auch an anderer Stelle im BEEG verwendet. Jedoch steht das Wort â¼ErwerbstÄ¼tigkeitâ¼ dort jeweils in einem spezifischen Begriffs- bzw Satzzusammenhang, weshalb die dortige Auslegung nicht auf [Ä§Ä 4 AbsÄ 4 SatzÄ 3 NrÄ 1 BEEG](#) Ä¼bertragen werden kann.

27

Dies gilt zunÄ¼chst fÄ¼r die [Ä§ÄÄ 2Ä ff BEEG](#), in denen der Begriff der â¼ErwerbstÄ¼tigkeitâ¼ anders als in [Ä§Ä 4 AbsÄ 4 SatzÄ 3 NrÄ 1 BEEG](#) nicht im Sinne des â¼TÄ¼tigseinsâ¼ verwendet wird, sondern ausschlie¼lich als kombinierter Begriff â¼Einkommen aus ErwerbstÄ¼tigkeitâ¼. Ausschlie¼lich dieser kombinierte Begriff wird durch [Ä§Ä 2 AbsÄ 1 SatzÄ 3 BEEG](#) und dem darin enthaltenen Verweis auf [Ä§Ä 2 AbsÄ 1 Satz 1 NrÄ 1 bis 4 Einkommensteuergesetz \(EStG\)](#) gesetzlich definiert und dient der Abgrenzung der nach [Ä§Ä 2 AbsÄ 1 SatzÄ 3 BEEG](#) zu berÄ¼cksichtigenden EinkÄ¼nfte gegenÄ¼ber solchen, die nicht zu berÄ¼cksichtigen sind. DemgegenÄ¼ber bezieht sich [Ä§Ä 4 AbsÄ 4 SatzÄ 3 NrÄ 1 BEEG](#) nicht auf Einkunftsarten, sondern auf den Umfang einer ErwerbstÄ¼tigkeit.

28

Ebenfalls nicht Ä¼bertragbar ist die Begriffsbildung zu [Ä§Ä 1 AbsÄ 1 SatzÄ 1 NrÄ 4 BEEG](#), wo â¼ErwerbstÄ¼tigkeitâ¼ â¼ anders als in [Ä§Ä 4 AbsÄ 4 SatzÄ 3 NrÄ 1 BEEG](#) â¼ mit dem Wort â¼ausÄ¼btâ¼ verknÄ¼pft ist. Der Senat hat sein zunÄ¼chst durch das tatsÄ¼chliche Verhalten (tatsÄ¼chliches Nichterbringen der Arbeitsleistung wÄ¼hrend einer Freistellung durch den Arbeitgeber; vgl BSG Urteil vom 29.8.2012 â¼Ä [BÄ 10Ä EG 7/11Ä RÄ](#) â¼ SozR 47837 Ä§Ä 1 NrÄ 3 RdNrÄ 26) geprÄ¼gtes VerstÄ¼ndnis (sich hierauf stÄ¼tzend SG Berlin Urteil vom 22.1.2020 â¼Ä [SÄ 2Ä EG 19/19Ä](#) â¼ juris RdNrÄ 31, 34; vgl auch SG Hamburg Urteil vom 12.2.2020 â¼Ä [SÄ 35Ä EG 3/19Ä](#) â¼ juris RdNrÄ 5) dieser Norm zuletzt erweitert und entschieden, dass Erholungsurlaub die tatsÄ¼chlich ausgeÄ¼bte ErwerbstÄ¼tigkeit nicht beendet, sodass die Inanspruchnahme von Erholungsurlaub

im unverändert fortbestehenden Vollzeitarbeitsverhältnis nicht dazu führt, dass es von [§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 4 BEEG](#) keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausgeht wird (BSG Urteil vom 15.12.2015 – [B 10 EG 3/14 R](#) – [BSGE 120, 189](#) = [SozR 47837 § 1 Nr 8, RdNr 12 ff](#)).

29

(2) Auch außerhalb des BEEG besteht weder ein allgemeines noch ein juristisches Wortverständnis von „erwerbstätig“, das vorübergehende Unterbrechungen der tatsächlichen Tätigkeitsausübung ausschließt.

30

Im Duden (<https://www.duden.de/rechtschreibung/erwerbstaetig>; letzter Aufruf 14.7.2023) wird die Bedeutung von „erwerbstätig“ mit „einen Beruf zu Erwerbszwecken ausübend“ angegeben. „Ausübend“ umschreibt dabei zwar ein aktives Tätigsein, das aber nach allgemeinem Verständnis nicht an sieben Tagen in der Woche für jeweils 24 Stunden ununterbrochen erfolgen muss. Es ist nicht erforderlich, dass die Person tagtäglich eine bestimmte Tätigkeit ausübt, sondern nur vom Grundsatz her einen bestimmten Beruf hat (Organista, NZS 2021, 171, 172). Damit umschreibt „erwerbstätig“ (jedenfalls auch) eine Eigenschaft im Sinne einer längerfristigen Kategorisierung zB im Rahmen der Unterscheidung zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen (vgl. [Rühl in Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching, BeckOK Arbeitsrecht, 69. Edition, § 1 BEEG](#) RdNr 17, Stand 1.9.2023).

31

In diesem Sinne wird der Begriff „Erwerbstätige“ auch für statistische Zwecke definiert. Das Statistische Bundesamt geht von der in der Revisionsbegründung der Beklagten zitierten Definition der International Labour Organization (ILO) aus und zählt als Erwerbstätige „Personen im Alter von 15 Jahren und mehr, die mindestens eine Stunde in der Woche gegen Entgelt irgendeiner beruflichen Tätigkeit nachgehen beziehungsweise in einem Arbeitsverhältnis stehen (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) oder selbstständig ein Gewerbe, einen freien Beruf, ein Handwerk oder eine Landwirtschaft betreiben oder als mithelfende Familienangehörige im Betrieb eines Familienmitgliedes mitarbeiten, ohne dafür Lohn oder Gehalt zu beziehen. Einbezogen sind insoweit von der Beklagten nicht mehr zitiert auch ferner Soldatinnen und Soldaten und Personen in Freiwilligendiensten. Als Erwerbstätige gelten auch Personen, die vorübergehend nicht arbeiten, sofern sie formell mit ihrem Arbeitsplatz verbunden sind (zum Beispiel Urlaub, Krankheit, Streik, Aussperrung, Mutterschafts- und Elternurlaub, Schlechtwettergeld und so weiter). Die Bedeutung des Ertrages der Tätigkeit für den Lebensunterhalt ist hierbei irrelevant.“ (<https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Glossar/erwerbstaetige.html>; letzter Aufruf 14.7.2023). Danach wäre der Kläger im streitigen Zeitraum statistisch als Erwerbstätiger zu erfassen.

32

Im rechtlichen Kontext wird Erwerbstätigkeit für das Einkommensteuerrecht als eine auf die Erzielung von Einkünften gerichtete Tätigkeit umschrieben (BFH

Urteil vom 16.5.1975 [VIÄ R 143/73](#) [BFHE 116, 133](#) [juris RdNrÄ 7Ä f](#) in Abgrenzung zum Hochschulstudium; Hessisches Finanzgericht Gerichtsbescheid vom 21.5.2015 [2Ä K 155/13](#) [juris RdNrÄ 17](#); vgl auch Loschelder in Schmidt, EStG, 42.Ä Aufl 2023, [ÄSÄ 32 EStG](#) RdNrÄ 64). Nach der Rechtsprechung des BVerwG kennzeichnet eine [TÄxtigkeit](#) [Ä] gegen VergÄ¼tungÄ auch die [selbststÄndige ErwerbstÄxtigkeit](#) iS des [ÄSÄ 2 AbsÄ 1 NrÄ 1](#) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (BVerwG Urteil vom 26.1.2011 [8Ä C 46/09](#) [BVerwGE 139, 1](#) [juris RdNrÄ 22](#)). Als ErwerbstÄxtigkeit iS des [ÄSÄ 8](#) Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) ist nach der Rechtsprechung des BAG jede gegen Entgelt ausgeÄ¼bte TÄxtigkeit anzusehen ohne RÄ¼cksicht darauf, ob sie in einem ArbeitsverhÄxltnis, freien DienstverhÄxltnis oder WerkvertragsverhÄxltnis ausgeÄ¼bt wird (vgl BAG Urteil vom 25.2.1988 [8Ä AZR 596/85](#) [BAGE 57, 366](#) [juris RdNrÄ 21](#); BAG Urteil vom 20.10.1983 [6Ä AZR 590/80](#) [juris RdNrÄ 10](#); Schinz in Hensler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 10.Ä Aufl 2022, [ÄSÄ 8 BUrlG](#) RdNrÄ 5; Fischinger in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, [BGB ÄSÄ 611a](#) RdNrÄ 1945). Vergleichbar hat das BSG [wiederum in Abgrenzung zu einem HochschulstudiumÄ](#) [als ErwerbstÄxtigkeit](#) iS der [ÄSÄ 1 AbsÄ 1](#) und [ÄSÄ 2](#) Bundeserziehungsgeldgesetz (BErzGG) die [unselbststÄndige BeschÄftigung](#) gegen Entgelt oder die [selbststÄndige TÄxtigkeit](#) zur Erzielung eines wirtschaftlichen Erfolges angesehen (BSG Urteil vom 13.5.1998 [BÄ 14Ä EG 2/97Ä RÄ](#) [SozR 37833 ÄSÄ 2 NÄ 6](#) [juris RdNrÄ 11](#)). Vermutlich im Anschluss hieran definieren die [wie oben bereits ausgefÄ¼hrtÄ](#) [die Gerichte nicht bindenden Richtlinien](#) des BMFSFJ zum BEEG in Ziff 1.1.1.3.2 als ErwerbstÄxtigkeit eine TÄxtigkeit, die zu ErwerbseinkÄ¼nften iS des [ÄSÄ 2 AbsÄ 1 SatzÄ 3 BEEG](#) fÄ¼hrt. Dies kÄ¼nnen auch Null- oder NegativeinkÄ¼nfte sein. TÄxtigkeiten, die zu EinkÄ¼nften fÄ¼hren, die gemÄ¼ [ÄSÄ 3 EStG](#) steuerfrei gestellt sind (etwa EinkÄ¼nfte aus TÄxtigkeiten als Ä¼bungsleiterin oder Ä¼bungsleiter, sog Ä¼bungsleiterpauschale), sollen demgegenÄ¼ber keine ErwerbstÄxtigkeit darstellen und daher auch stundenmÄ¼ßig nicht zu berÄ¼cksichtigen sein (Richtlinien zum BEEG, Stand 08/2016 und 05/2017 sowie aktuell nach Stand 08/2023).

33

Der zitierten Rechtsprechung der obersten GerichtshÄ¼fe des Bundes kann damit zwar als gemeinsamer Kern des Begriffs ErwerbstÄxtigkeit entnommen werden, dass es sich um eine TÄxtigkeit gegen Entgelt oder zur Erzielung von EinkÄ¼nften handeln muss. Aus ihr erschlieÄ¼t sich jedoch nicht, welche Folgen im jeweiligen Regelungskontext an die vorÄ¼bergehende NichtausÄ¼bung der konkreten TÄxtigkeit oder den Ausfall der hierfÄ¼r vereinbarten VergÄ¼tung geknÄ¼pft sind.

34

Dass die NichtausÄ¼bung selbst innerhalb desselben Gesetzes unterschiedliche Behandlung erfahren kann, zeigen zwei Beispiele aus der Rechtsprechung des BSG zum SGBÄ III. ErwerbstÄxtigkeit ist nach der Legaldefinition des [ÄSÄ 138 AbsÄ 3 SatzÄ 1 SGBÄ III](#) die AusÄ¼bung einer BeschÄftigung, selbststÄndigen TÄxtigkeit, TÄxtigkeit als mithelfende FamilienangehÄ¼rige oder mithelfender FamilienangehÄ¼riger. Diese ErwerbstÄxtigkeit schlieÄ¼t die BeschÄftigungs- und damit Arbeitslosigkeit nicht aus, wenn die Arbeits- oder TÄxtigkeitszeit (Arbeitszeit)

weniger als 15 Stunden wöchentlich umfasst. Hierfür kommt es auf die vereinbarte oder nach der Natur einer Tätigkeit zu erwartende Arbeitszeit an. Auf einen tatsächlich geringeren Tätigkeitsumfang kann sich der Versicherte nicht berufen (stRspr; zB BSG Urteil vom 29.10.2008 – [BÄ 11 AL 52/07 R](#) – [SozR 44300 – § 118 Nr 2](#) RdNr 14 mwN). Umgekehrt haben die für Arbeitsförderungsrecht zuständigen Senate des BSG gerade für Fallgestaltungen langfristiger erkrankter oder leistungsgeminderter Arbeitnehmer, die tatsächlich nicht mehr beschäftigt werden, entschieden, dass selbst nach Auslaufen des Krankengeldbezugs und Freistellung durch den Arbeitgeber nicht ohne Weiteres Beschäftigungslosigkeit vorliegt (vgl BSG Urteil vom 12.9.2019 – [BÄ 11 AL 20/18 R](#) – juris RdNr 20 mwN).

35

bb) Angesichts des damit für unterschiedliche Auslegungen offenen Wortlauts spricht die Systematik deutlich für einen Fortbestand der Erwerbstätigkeit während einer vorübergehenden Unterbrechung der Tätigkeitsausübung.

36

Dies gilt zunächst mit Blick auf das Fehlen einer den Ausnahmen für das Tatbestandsmerkmal „Betreuung“ in [§ 1 Abs 5 BEEG](#) und [§ 4 Abs 6 Satz 1 Nr 3 BEEG](#) (idF des Gesetzes vom 18.12.2014, [BGBl I 2325](#)) vergleichbaren Regelung. Der Anspruch auf Elterngeld bleibt nach [§ 1 Abs 5 BEEG](#) unberührt, wenn die Betreuung und Erziehung des Kindes aus einem wichtigen Grund nicht sofort aufgenommen werden kann oder wenn sie unterbrochen werden muss. Nach [§ 4 Abs 6 Satz 1 Nr 3 BEEG](#) kommt ein alleiniger Bezug von Elterngeld Plus als Partnerschaftsbonus in Betracht, wenn die Betreuung durch den anderen Elternteil unmöglich ist, insbesondere weil er wegen einer schweren Krankheit oder Schwerbehinderung sein Kind nicht betreuen kann. Erwerbstätigkeit und Betreuung sind unterschiedliche Voraussetzungen des Elterngeldanspruchs, zwischen denen das Gesetz in [§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 3](#) und [4 BEEG](#) ausdrücklich differenziert. Hierauf nimmt auch [§ 4 Abs 4 Satz 3 Nr 2 BEEG](#) Bezug, wobei die in [§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 4 BEEG](#) festgesetzte Höchstgrenze der Erwerbstätigkeit in [§ 4 Abs 4 Satz 3 Nr 1 BEEG](#) lediglich um eine Untergrenze (25 Wochenstunden) ergänzt wird. Vor diesem Hintergrund legt es das Fehlen einer Ausnahmeregelung für krankheitsbedingte Unterbrechungen in [§ 4 Abs 4 Satz 3 BEEG](#) nahe, dass der Gesetzgeber solche Unterbrechungen anders als bei der Betreuung von vornherein als grundsätzlich unschädlich für das Tatbestandsmerkmal „erwerbstätig“ angesehen hat.

37

Vor allem aber spricht die gesetzlich vorgesehene Anrechnung von Krankengeld dafür, dass der Elterngeldbezug nicht mit dem Einsetzen des Krankengeldbezugs endet. Dass entgegen der Ansicht der Beklagten der Bezug von Krankengeld den gleichzeitigen Bezug von Elterngeld Plus nicht ausschließt, ergibt sich aus [§ 3 Abs 1 Satz 1 Nr 5 BEEG](#), der anstelle eines gegenseitigen Ausschlusses der Ansprüche bereits dem Grunde nach eine Anrechnung von der berechtigten Person zustehenden Entgeltersatzleistungen vorsieht. Dies betrifft nicht nur das

Basiselterngeld, sondern auch Ansprüche auf Elterngeld Plus, wie der Senat mit Urteil vom 18.3.2021 ([BÄ 10Ä EG 3/20Ä RÄ](#) ä [BSGE 132, 14](#) =Ä SozR 47837 ÄSÄ 3 NrÄ 2) bereits entschieden hat.

38

Die Anrechnung dürfte auch dazu führen, dass es anders als von der Beklagten befürchtet regelmäßig zu keiner Überkompensation des ausgefallenen Erwerbseinkommens kommt (vgl. noch zum Doppelbezug von Krankengeld und Erziehungsgeld nach BErzGG BSG Urteil vom 18.2.2016 ä [BÄ 3Ä KR 10/15Ä RÄ](#) ä [BSGE 121, 1](#) =Ä [SozR 42500 ÄSÄ 45 NrÄ 2](#), RdNrÄ 28). Dies gilt auch mit Blick auf den jedenfalls verbleibenden Mindestbetrag des Elterngeld Plus in Höhe von 150Ä Euro ([ÄSÄ 3 AbsÄ 2 SatzÄ 1](#) iVm [ÄSÄ 4 AbsÄ 4 SatzÄ 3, AbsÄ 3 SatzÄ 3 NrÄ 4 BEEG](#)). Dieser Mindestbetrag dient gerade der Anerkennung der Betreuungsleistung durch den Elternteil und ist unabhängig von einer Bedürftigkeit und auch unabhängig von einem Erwerbseinkommen nach der Geburt zu gewähren (BSG Urteil vom 29.8.2012 ä [BÄ 10Ä EG 7/11Ä RÄ](#) ä SozR 47837 ÄSÄ 1 NrÄ 3 RdNrÄ 33 mwN).

39

cc) Schließlich spricht auch der Sinn und Zweck des Partnerschaftsbonus, wie er sich aus den Gesetzesmaterialien erschließt, für ein Fortbestehen der Erwerbstätigkeit iS des [ÄSÄ 4 AbsÄ 4 SatzÄ 3 NrÄ 1 BEEG](#) obwohl der Berechtigte seine auf den vorgeschriebenen Umfang festgelegte Tätigkeit während einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit nicht tatsächlich ausüben kann.

40

Mit dem Elterngeld Plus und dem Partnerschaftsbonus sowie mit einer Flexibilisierung der Elternzeit durch das EPlusG sollten Eltern zielgenauer darin unterstützt werden, ihre Vorstellungen einer partnerschaftlichen Vereinbarkeit von Familie und Beruf umzusetzen. Eine frühere Rückkehr zur Erwerbstätigkeit beider Partner in Teilzeit, die gleichzeitig eine (gemeinsame) Fürsorge für das neugeborene Kind ermöglicht, sollte sich stärker lohnen als bisher. Durch die neuen Gestaltungskomponenten sollten das Elterngeld und die Elternzeit wirksam dazu beitragen, die wirtschaftliche Existenz von beiden Elternteilen auf Dauer zu sichern, die Gefahr der Abhängigkeit von staatlichen Transferleistungen zu mindern, Vätern und Müttern Zeit mit dem Kind zu sichern, ohne den Bezug zum Erwerbsleben zu verlieren und berufliche Entwicklungsmöglichkeiten von Frauen zu verbessern (Regierungsentwurf EPlusG, [BT-Drucks 18/2583, SÄ 2](#)). Speziell das Elterngeld Plus ist eine Unterstützungsleistung beim Wiedereinstieg in die Erwerbstätigkeit. Es soll dazu beitragen, dass Elternpaare frühzeitig die Chancen einer partnerschaftlichen Aufgabenteilung in Familie und Beruf in Erwägung ziehen und nutzen können (Regierungsentwurf EPlusG, [BT-Drucks 18/2583, SÄ 25](#)). Die Teilzeittätigkeit von Eltern nach der Geburt eines Kindes soll mit dem Elterngeld Plus wirtschaftlich abgesichert werden (Regierungsentwurf EPlusG, [BT-Drucks 18/2583, SÄ 16](#)).

41

Der Partnerschaftsbonus ergänzt das Elterngeld Plus (Regierungsentwurf EPlusG,

[BT-Drucks 18/2583, SÄ 17](#)). Seine Ausgestaltung ist darauf ausgerichtet, durch die Voraussetzung einer Erwerbstätigkeit im Umfang von etwa 60 bis 75 % einer Vollzeitbeschäftigung eine merkliche Verringerung der Arbeitszeit zugunsten der Betreuung des Kindes zu erreichen. Gleichzeitig soll die Erwerbstätigkeit in einem Umfang von mehr als nur einer halben Stelle die dauerhafte wirtschaftliche Absicherung in Familien gewährleisten. Dies soll ein nachhaltiges und belastbares Zeitarrangement zwischen den Eltern begünstigen (Regierungsentwurf EGPlusG, [BT-Drucks 18/2583, SÄ 28](#) f) und es Eltern erleichtert, in einer frühen Phase der Elternschaft in die partnerschaftliche Arbeitsteilung hineinzufinden (Regierungsentwurf EGPlusG, [BT-Drucks 18/2583, SÄ 18](#)). Dem dient auch die viermonatige Länge der Partnerschaftsbonus-Zeit, die den Eltern einen Anlass geben soll, das gesetzlich vorgegebene Zeitarrangement auszuprobieren. Dabei entspricht es der Intention des Gesetzentwurfs, dass die Voraussetzungen für den Partnerschaftsbonus von beiden Elternteilen erfüllt werden müssen und das (Fehl-)Verhalten allein eines Elternteils zur Aufhebung der Elterngeldbewilligung führen kann (Regierungsentwurf EGPlusG, [BT-Drucks 18/2583, SÄ 29](#)).

42

Eine Auslegung des [§ 4 Abs 4 Satz 3 Nr 1 BEEG](#), wonach die Erwerbstätigkeit durch eine vorübergehende krankheitsbedingte Unterbrechung entfielen, widerspricht dem im Gesetzentwurf ausdrücklich formulierten Ziel, die Teilzeittätigkeit von Eltern nach der Geburt eines Kindes durch Elterngeld Plus wirtschaftlich abzusichern, und lässt gleichzeitig die Anreizfunktion des Partnerschaftsbonus entfallen. Dies gilt nach der auf die Richtlinien des BMFSFJ zum BEEG gestützten Lesart der Beklagten insbesondere auch im Hinblick auf Selbstständige, die keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall haben. Bei ihnen lässt im Extremfall schon ein einziger Krankheitstag den Anspruch auf Partnerschaftsbonus entfallen. Zwar wäre mit Blick auf die Maßgeblichkeit des Monatsdurchschnitts der Arbeitszeit ([§ 4 Abs 4 Satz 3 Nr 1 BEEG](#): „im Durchschnitt des Monats“) möglicherweise eine Nacharbeit der ausgefallenen Stunden denkbar, jedoch ginge dies im Rahmen des zwischen den Eltern getroffenen Zeitarrangements zu Lasten der vom Betroffenen zu erbringenden Kinderbetreuung. Der hieran anknapfende Ausfall oder die Rückforderung des gesamten, beiden Eltern als Partnerschaftsbonus gewährten Elterngeld Plus stellt in Verbindung mit dem durch die für diesen Zeitraum getroffenen Arbeitszeitdispositionen bedingten Einkommensausfall ein regelmäßig nicht unerhebliches wirtschaftliches Risiko dar. Dadurch wird nicht nur das Ziel einer wirtschaftlichen Absicherung während des Partnerschaftsbonus verfehlt. Vielmehr ist dieses Risiko gerade wegen der Unkalkulierbarkeit von Erkrankungen (insbesondere auch des Kindes) geeignet, die vom Gesetzgeber gewünschte Anreizfunktion des Partnerschaftsbonus zu konterkarieren.

43

Zwar ist dieses Risiko für Beschäftigte weniger groß, weil ihr Einkommensausfall im Krankheitsfall durch Entgeltfortzahlung ([§ 3 Abs 1 Entgeltfortzahlungsgesetz](#)) und Krankengeld ([§ 44 Abs 1 SGB V](#)) begrenzt wird und die Beklagte ohne dass dies eine Stütze im Wortlaut des [§ 4 Abs 4 Satz 3 Nr 1 BEEG](#) fände, jedenfalls für die Dauer der Entgeltfortzahlung

von einem Fortbestand der Erwerbstätigkeit im vereinbarten Umfang ausgeht. Jedoch zeigt gerade der vorliegende Fall, dass die Rückforderung von Elterngeld Plus in einer durch das (noch neue) Kind, den Entgeltausfall aufgrund des reduzierten Arbeitsumfangs und der wegen längerer Krankheit ausgelaufenen Entgeltfortzahlung ohnehin angespannten wirtschaftlichen Situation eine nicht unerhebliche Belastung darstellen kann. Auch dies ist geeignet, die nach den Gesetzesmaterialien angestrebte Anreizfunktion des Elterngeld Plus als Partnerschaftsbonus deutlich zu mindern.

44

Allerdings erfordern es die in den Gesetzesmaterialien genannten Zwecke, dass die tatsächliche Tätigkeitsausübung voraussichtlich nur vorübergehend unterbrochen und die Erwerbstätigkeit (ggf auch nach dem Ende der Partnerschaftsbonus-Zeit) im geplanten Umfang wieder aufgenommen wird. Denn nur dann besteht die Aussicht, dass die Eltern in eine partnerschaftliche Aufgabenteilung im Rahmen des gesetzlich vorgegebenen Zeitarrangements hineinwachsen und die angestrebte wirtschaftliche Absicherung der Familie unter partnerschaftlicher Aufgabenteilung in Familie und Beruf dauerhaft gewährleistet ist. Dies setzt notwendig voraus, dass das Arbeitsverhältnis oder bei Selbstständigen der Geschäftsbetrieb fortbestehen und keine anderen Gründe erkennbar sind, die einer Wiederaufnahme der konkreten Tätigkeitsausübung dauerhaft entgegenstehen.

45

dd) Nach alledem ist bereits nach der Systematik und dem Sinn und Zweck der Regelungen über das Elterngeld Plus als Partnerschaftsbonus die krankheitsbedingte Unterbrechung der konkreten Tätigkeitsausübung durch den Kläger als unschädlich für seinen Anspruch auf diese Leistung zu werten. Deshalb kann dahinstehen, ob dieses Ergebnis, wie im angegriffenen Berufungsurteil ausgeführt, auch aufgrund einer am allgemeinen Gleichheitssatz oder einem der speziellen Benachteiligungsverbote des Art 3 GG orientierten Auslegung geboten ist (vgl auch LSG Berlin-Brandenburg Urteil vom 25.4.2023 [LÄ 4Ä EG 8/20Ä](#) [juris RdNrÄ 28](#)) oder die an den Entgeltfortzahlungsanspruch anknüpfende Differenzierung angesichts des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Elterngelds (stRspr; vgl zB BSG Urteil vom 28.3.2019 [BÄ 10Ä EG 6/18Ä RÄ](#) [SozR 47837 Ä§Ä 2b NrÄ 5 RdNrÄ 25Ä ff](#)) noch durch ausreichend gewichtige Gründe zu rechtfertigen wäre (so SG Hamburg Urteil vom 12.2.2020 [SÄ 35Ä EG 3/19 Ä](#) [juris RdNrÄ 5](#)).

46

2. Der angefochtene Bescheid ist auch nicht zumindest teilweise rechtmäßig, weil es durch Lohnfortzahlung und Krankengeldbezug des Klägers zu einer Überzahlung von Elterngeld Plus gekommen wäre. Eine solche Überzahlung hat das LSG auf Grundlage der Proberechnung der Beklagten ausgeschlossen und wird von der Beklagten nicht geltend gemacht. Für eine solche Überzahlung bestehen auch sonst keine Anhaltspunkte.

47

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

Ä

Erstellt am: 12.02.2024

Zuletzt verändert am: 21.12.2024