

## **B 10 EG 1/22 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten  
1. Instanz  
SG Lüneburg (NSB)  
Aktenzeichen  
S 8 EG 1/19  
Datum  
26.11.2020  
2. Instanz  
LSG Niedersachsen-Bremen  
Aktenzeichen  
L 2 EG 4/20  
Datum  
24.01.2022  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 10 EG 1/22 R  
Datum  
09.03.2023  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Die Regelung über eine Verschiebung des Bemessungszeitraums bei Einkommensausfall wegen schwangerschaftsbedingter Erkrankung lässt sich nicht analog auf einen hypothetischen Einkommensausfall arbeitsloser schwangerer Frauen anwenden.

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 24. Januar 2022 aufgehoben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Lüneburg vom 26. November 2020 zurückgewiesen.

Die Beteiligten haben einander auch für das Berufungs- und das Revisionsverfahren Kosten nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

1  
Die Beteiligten streiten über den Bemessungszeitraum und die Höhe des Elterngelds der Klägerin für ihren im Februar 2018 geborenen Sohn.

2  
Die Klägerin arbeitet seit 2001 als Kameraassistentin insbesondere bei Filmproduktionen. Ihre Erwerbsbiografie setzt sich aus einer Vielzahl aufeinanderfolgender abhängiger Beschäftigungsverhältnisse zusammen. Diese sind jeweils befristet auf die Laufzeit des Filmprojekts und wechseln sich ab mit Zeiten der Arbeitslosigkeit. Nach diesem Muster war die Klägerin auch in den Kalenderjahren 2016 und 2017 tätig.

3  
Die letzte Beschäftigung der Klägerin endete im Juli 2017. Ab August 2017 war sie arbeitslos und bezog Arbeitslosengeld (Alg). Nach der ebenfalls im August 2017 festgestellten Schwangerschaft sah sich die Klägerin außerstande, weitere Beschäftigungen als Kameraassistentin aufzunehmen, weil sie diese auch körperlich anspruchsvolle Tätigkeit aus Gründen des Arbeitsschutzes nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG) nicht mehr wie zuvor ausüben konnte. Im Januar und Februar 2018 bezog sie Mutterschaftsgeld.

4  
Der Beklagte bewilligte der Klägerin antragsgemäß Elterngeld. Als Bemessungszeitraum für die Ermittlung des vorgeburtlichen Einkommens zog er die Monate Januar bis Dezember 2017 heran. Entsprechend den vorgelegten Lohnbescheinigungen berücksichtigte er das Erwerbseinkommen für die Monate Januar bis Juli 2017. Die Monate der Arbeitslosigkeit von August bis Dezember 2017 brachte er jeweils mit null Euro in Ansatz (Bescheid vom 3.5.2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22.1.2019).

5  
Das SG hat die auf Gewährung höheren Elterngelds gerichtete Klage abgewiesen. Die Klägerin könne vom Beklagten nicht verlangen, bei der Elterngeldbemessung die Monate ihrer Arbeitslosigkeit auszuklammern und durch die Monate August bis Dezember 2016 zu ersetzen, weil dies eine schwangerschaftsbedingte Erkrankung voraussetze. Sie sei aber nicht krank, sondern arbeitslos gewesen. Die Klägerin hätte zwar nicht als Kameraassistentin arbeiten, aber andere körperlich weniger belastende Tätigkeiten ausüben können (Urteil vom 26.11.2020).

6

Auf die Berufung der Klägerin hat das LSG den Beklagten unter (teilweiser) Aufhebung des Urteils des SG und der angefochtenen Bescheide verpflichtet, den Elterngeldanspruch neu zu berechnen und dabei als Bemessungszeitraum die Monate August 2016 bis Juli 2017 heranzuziehen. Bei der Berechnung des Elterngelds müssten auch solche Monate unberücksichtigt bleiben, in denen die Klägerin durch ihre Schwangerschaft an der Wiederaufnahme ihres Berufs gehindert gewesen sei. Dies ergebe sich aus einer analogen Anwendung der gesetzlichen Regelung für den Fall einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung. Dafür spreche auch der verfassungsrechtliche Anspruch schwangerer Frauen auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft (Urteil vom 24.1.2022).

7

Mit seiner Revision rügt der Beklagte eine Verletzung des [§ 2b](#) Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG). Für eine analoge Rechtsanwendung fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke; die gesetzlich normierten Ausklammerungstatbestände seien abschließend. Auch fehle es an einer Vergleichbarkeit des zu beurteilenden und des gesetzlich geregelten Sachverhalts. Bei der Klägerin habe sich kein schwangerschaftsbedingtes gesundheitliches Risiko realisiert. Vielmehr gereiche ihr allein die aus ihrer atypischen Erwerbssituation resultierende Arbeitslosigkeit zum Nachteil. Zudem könnte von der Elterngeldstelle die Kausalität einer während der Arbeitslosigkeit bestehenden Schwangerschaft für die Einkommensminderung wenn überhaupt nur mit unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand festgestellt werden. Ebenso wenig gebiete die Verfassung eine analoge Anwendung der Norm. Der Gesetzgeber sei nicht gehalten, jede mit der Schwangerschaft zusammenhängende wirtschaftliche Belastung auszugleichen.

8

Der Beklagte beantragt,  
das Urteil des LSG Niedersachsen-Bremen vom 24.1.2022 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG Lüneburg vom 26.11.2020 zurückzuweisen.

9

Die Klägerin beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

10

Sie hält das angefochtene LSG-Urteil für zutreffend.

II

11

Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 1 SGG](#)).

12

Zu Unrecht hat das LSG der Berufung der Klägerin gegen das klageabweisende Urteil des SG stattgegeben und den Beklagten verpflichtet, den Elterngeldanspruch neu zu berechnen und dabei als Bemessungszeitraum die Monate August 2016 bis Juli 2017 heranzuziehen. Der angefochtene Bescheid des Beklagten vom 3.5.2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22.1.2019 ([§ 95 SGG](#)) ist rechtmäßig. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf höheres Elterngeld. Der Beklagte hat der Berechnung des Elterngelds mit den Monaten Januar bis Dezember 2017 den richtigen Bemessungszeitraum zugrunde gelegt. Eine Verschiebung dieses Zeitraums in analoger Anwendung von [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 3 BEEG](#) scheidet aus.

13

1. Der Klägerin steht dem Grunde nach Elterngeld zu. Ihr Anspruch richtet sich nach dem BEEG in der ab 1.1.2018 geltenden Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Mutterschutzrechts vom 23.5.2017 ([BGBl I 1228](#)).

14

Die Klägerin erfüllt die Grundvoraussetzungen des Elterngeldanspruchs nach [§ 1 Abs 1 Satz 1 BEEG](#). Wie in [§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 bis 4 BEEG](#) vorausgesetzt, hatte sie nach den für den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) im Bezugszeitraum des Elterngelds ihren Wohnsitz in Deutschland, lebte in einem Haushalt mit ihrem von ihr selbst betreuten und erzogenen Sohn und übte im Bezugszeitraum keine volle Erwerbstätigkeit iS von [§ 1 Abs 6 BEEG](#) aus.

15

2. Als Bemessungseinkommen für das Elterngeld der Klägerin haben der Beklagte und das SG zutreffend ihr Einkommen im Zeitraum von Januar bis Dezember 2017 aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit herangezogen.

16

Zum Bemessungszeitraum für das Elterngeld der Klägerin bestimmt die Grundregel des [§ 2b Abs 1 Satz 1 BEEG](#) im Ausgangspunkt die zwölf Kalendermonate vor dem Geburtsmonat ihres Sohnes, hier also die Monate Februar 2017 bis Januar 2018, weil sie nach den Feststellungen des LSG vor der Geburt ausschließlich Einkommen aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit iS von [§ 2 Abs 1 Satz 3 Nr 1](#) iVm [§ 2c BEEG](#) bezogen hatte. Diesen Bemessungszeitraum hat der Beklagte wegen des Bezugs von Mutterschaftsgeld im Januar 2018 nach [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 2 BEEG](#) zutreffend um einen Monat in die Vergangenheit auf die Zeit von Januar bis Dezember 2017 verschoben.

17

Eine weitere Verschiebung des Bemessungszeitraums kann die Klägerin nicht beanspruchen, und zwar weder in direkter (dazu unter a) noch in analoger Anwendung der Vorschriften des BEEG (dazu unter b). Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen bestehen nicht (dazu unter c).

18

a) Nach [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 3 BEEG](#) bleiben bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums Kalendermonate unberücksichtigt, in denen die berechnete Person eine Krankheit hatte, die maßgeblich durch eine Schwangerschaft bedingt war und dadurch ein geringeres Einkommen aus Erwerbstätigkeit hatte.

19

An einer solchen schwangerschaftsbedingten Erkrankung hat die Klägerin nicht gelitten. Eine normal verlaufende, nicht mit außergewöhnlichen Beschwerden oder Störungen verbundene Schwangerschaft ist keine Krankheit im Sinne eines regelwidrigen Gesundheitszustands (vgl BSG Urteil vom 18.6.2014 [B 3 KR 10/13 R](#) SozR 42500 § 275 Nr 17 RdNr 19; BAG Urteil vom 14.11.1984 [5 AZR 394/82 BAGE 47, 195](#) juris RdNr 14; zum Begriff der schwangerschaftsbedingten Erkrankung iS des [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 3 BEEG](#): BSG Urteil vom 16.3.2017 [B 10 EG 9/15 R BSGE 123, 1](#) = SozR 47837 § 2b Nr 4, RdNr 19 ff). Vielmehr war die Klägerin während ihrer Schwangerschaft arbeitslos, aber nicht krank. Auf die diesbezüglichen Feststellungen des SG darf der Senat zurückgreifen, obwohl nach [§ 163 SGG](#) grundsätzlich nur Feststellungen im angefochtenen Urteil hier des LSG das Revisionsgericht binden. Tatsächliche Feststellungen des SG können für ein Revisionsurteil jedoch dann verwertet werden, wenn das LSG sie bestätigt hat (vgl BSG Urteil vom 7.6.2019 [B 12 KR 8/18 R](#) juris RdNr 24; BSG Urteil vom 26.11.1991 [9a RV 6/90](#) juris RdNr 16; Heinz in BeckOKG, SGG, § 163 RdNr 12, Stand 1.2.2023; Röhl in Schlegel/Voelzke, jurisPKSGG, 2. Aufl 2022, § 163 RdNr 28, Stand 15.6.2022; Fichte in Fichte/Jüttner, SGG, 3. Aufl 2020, § 163 RdNr 20). Dies ist hier zu bejahen. Denn auch das LSG hat keine schwangerschaftsbedingte Erkrankung der Klägerin festgestellt; es hat insoweit folgerichtig die Begründung seiner Entscheidung tragend auf eine analoge Anwendung des [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 3 BEEG](#) gestützt. Ohnehin hat die Klägerin selbst nie eine schwangerschaftsbedingte Erkrankung behauptet, geschweige denn mit einem ärztlichen Attest belegt (vgl hierzu Begründung der Fraktionen CDU/CSU und SPD zum Gesetzentwurf des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, [BTDrucks 16/1889 S 20](#) zu § 2 Abs 1).

20

b) Die vom LSG vorgenommene analoge Anwendung des [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 3 BEEG](#) hält einer revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand.

21

Ein Analogieschluss setzt nach der ständigen Rechtsprechung des BSG voraus, dass die geregelte Norm analogiefähig ist, das Gesetz nach der erkennbaren Regelungsabsicht des Gesetzgebers eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von denselben Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BSG Urteil vom 24.3.2022 - [B 10 EG 1/20 R](#) - SozR 47837 § 2 Nr 34 RdNr 28; BSG Urteil vom 20.5.2020 [B 13 R 9/19 R BSGE 130, 171](#) = SozR 45075 § 1 Nr 10, RdNr 65; BSG Urteil vom 30.1.2020 [B 2 U 19/18 R BSGE 130, 25](#) = SozR 41300 § 105 Nr 8, RdNr 29).

22

Der Senat vermag auf der Grundlage der erkennbaren Regelungsabsicht des Gesetzgebers bereits keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes im Sinne einer Regelungslücke als grundlegende Voraussetzung einer Analogie zu erkennen. Vielmehr sind die Folgen einer Einkommensminderung wegen Schwangerschaft einerseits und wegen Arbeitslosigkeit andererseits im BEEG nach dem erkennbaren gesetzgeberischen Plan hinreichend und abschließend geregelt.

23

Bei abhängiger Beschäftigung (nichtseltständiger Erwerbstätigkeit) bestimmt, wie im Fall der Klägerin, die gesetzliche Grundregel des [§ 2b Abs 1 Satz 1 BEEG](#) als maßgeblichen Bemessungszeitraum zur Einkommensermittlung die zwölf Kalendermonate vor dem Geburtsmonat des Kindes. Dieser Zeitraum bildet die Einkommensverhältnisse des Elterngeldberechtigten vor der Geburt, die das Elterngeld teilweise sichern soll, am besten ab (BSG Urteil vom 24.3.2022 [B 10 EG 1/20 R](#) SozR 47837 § 2 Nr 34 RdNr 37; BSG Urteil vom 17.2.2011 [B 10 EG 17/09 R](#) SozR 47837 § 2 Nr 7 RdNr 78; Begründung der Fraktionen CDU/CSU und SPD zum Gesetzentwurf des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, [BTDrucks 16/1889 S 20](#) zu § 2 Abs 1).

24

Von dieser Grundregel hat der Gesetzgeber in [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 1 bis 4 BEEG](#) nur wenige genau und eng umschriebene Ausnahmen gemacht. Die Aufzählung dieser Ausnahmetatbestände in [§ 2b Abs 1 Satz 2 BEEG](#) und in seinen Vorgängervorschriften ([§ 2 Abs 7 Satz 5 bis 7 BEEG](#) in der bis zum 17.9.2012 geltenden Fassung) ist bisher sowohl vom Gesetzgeber (vgl Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zum Gesetzentwurf des Gesetzes zur Vereinfachung des Elterngeldbezugs, [BT-Drucks 17/9841 S 20](#) zu § 2b Abs 1 Satz 2; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zum Gesetzentwurf des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, [BTDrucks 16/2785 S 37](#) zu § 2) als auch vom BSG (vgl BSG Urteil vom 27.10.2016 [B 10 EG 4/15 R](#) SozR 47837 § 2b Nr 2 RdNr 19; BSG Urteil vom 27.6.2013 [B 10 EG 10/12 R](#) SozR 47837 § 2 Nr 22 RdNr 22) und vom Schrifttum (Lenz/Wagner in Rancke/Pepping, Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit, 6. Aufl 2022, [§ 2b BEEG](#) RdNr 3; Grösslein-Weiß in Roos/Bieresborn, MuSchG/BEEG, 2. Aufl 2020, [§ 2b BEEG](#) RdNr 11; Schnell in Tillmanns/Mutschler, MuSchG/BEEG, 3. Aufl 2021, [§ 2b BEEG](#) RdNr 6; Brose in Brose/Weth/Volk, MuSchG/BEEG, 9. Aufl 2020, [§ 2b BEEG](#) RdNr 6) als abschließend betrachtet worden. Der Senat sieht keinen Anlass, im Fall der Klägerin hiervon abzuweichen.

25

Für Einkommensverluste durch die Schwangerschaft enthält das BEEG in [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 2](#) zwei Ausklammerungstatbestände: Zum einen für Kalendermonate mit Bezug von Mutterschaftsgeld (nach dem SGB V oder nach dem Zweiten Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte) und zum anderen für Kalendermonate mit einem Beschäftigungsverbot während der Schutzfristen des [§ 3 MuSchG](#). Die erste Alternative dieser Bestimmung kam wie oben unter 2. ausgeführt auch der Klägerin zugute. Für schwangerschaftsbedingte Beschäftigungsverbote außerhalb dieser Schutzfristen vor und nach der Entbindung gewährt das MuSchG unmittelbar einen privatrechtlichen Anspruch auf Lohnersatz durch Mutterschutzlohn ([§ 18 MuSchG](#) idF des Gesetzes zur Neuregelung des Mutterschutzrechts vom 23.5.2017, [BGBl I 1228](#); vgl Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Mutterschutzrechts, [BTDrucks 18/8963 S 88](#) zu § 17). Der Mutterschutzlohn ist steuer- und beitragspflichtiger Arbeitslohn (vgl BFH Beschluss vom 27.5.2009 [VI B 69/08 BFHE 225, 137](#) juris RdNr 3; BFH Urteil vom 26.10.1984 [VI R 199/80 BFHE 142, 146](#) juris RdNr 8 f; Pepping in Rancke/Pepping, Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit, 6. Aufl 2022, [§ 18 MuSchG](#) RdNr 4, 44; Schmiegel in Tillmanns/Mutschler, MuSchG/BEEG, 3. Aufl 2021, [§ 18 MuSchG](#) RdNr 4; Graf in Roos/Bieresborn, 2. Aufl 2020, MuSchG/BEEG, [§ 18 MuSchG](#) RdNr 4) und damit Einkommen aus nichtseltständiger Erwerbstätigkeit iS des [§ 2 Abs 1 Satz 3 Nr 1](#) iVm [§ 2c BEEG](#). Vervollständigt werden diese Regelungen schließlich in [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 3 BEEG](#) durch den Ausklammerungstatbestand für Kalendermonate, in denen eine schwangerschaftsbedingte Erkrankung zu einem geringeren Einkommen aus Erwerbstätigkeit führt.

26

Zur prägenden Grundstruktur des Elterngelds in seiner verfassungsrechtlich zulässigen Ausgestaltung als Einkommensersatzleistung (vgl hierzu BVerfG <Kammer> Beschluss vom 9.11.2011 [1 BvR 1853/11](#) [BVerfGK 19, 186](#) juris RdNr 7 ff) gehört das Bestehen einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbstständigen Tätigkeit im Bemessungszeitraum (vgl BSG Urteil vom 24.3.2022 [B 10 EG 1/20 R](#) SozR 47837 § 2 Nr 34 RdNr 31 f mwN). Ausgehend hiervon hat der Gesetzgeber die wirtschaftlichen Auswirkungen von Arbeitslosigkeit typisierend und ausnahmslos allein der Risikosphäre der Elterngeldberechtigten zugeordnet. Denn der Staat stellt mit dem Elterngeld eine einkommensorientierte Zuwendung in Aussicht, um die Einbußen an Erwerbseinkommen ganz oder teilweise auszugleichen, die sachlich mit dem ausgleichsberechtigenden Ereignis der Geburt des Kindes zusammenhängen. Realisiert sich dagegen in der Zeit vor der Geburt des Kindes ein anderes Erwerbs- oder Ausfallrisiko, so sind die damit einhergehenden Einkommensausfälle grundsätzlich nicht vom Sinn und Zweck dieser Zuwendung umfasst (BSG Urteil vom 24.3.2022 [B 10 EG 1/20 R](#) SozR 47837 § 2 Nr 34 RdNr 31; BSG Urteil vom 20.5.2014 [B 10 EG 2/14 R](#) SozR 47837 § 2 Nr 27 RdNr 20; BSG Urteil vom 17.2.2011 [B 10 EG 21/09 R](#) juris RdNr 63). Deshalb soll nach den Gesetzesmaterialien der "Wegfall oder das Fehlen von Erwerbseinkommen aus anderen Gründen wie zum Beispiel der Arbeitsmarktlage oder anderen konkreten Lebensumständen der betreffenden Person" auch nicht zu einem höheren Elterngeldanspruch führen (vgl Begründung der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 20.6.2006 zum Gesetzentwurf des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, [BT-Drucks 16/1889 S 20](#) zu § 2 Abs 1). Aufgrund dieser vom Gesetzgeber übernommenen Wertung fließt im Bemessungszeitraum bezogenes Alg weder in das Bemessungseinkommen ein, noch führt es zu einer Ausklammerung der Bezugsmonate aus dem Bemessungszeitraum (BSG Urteil vom 17.2.2011 [B 10 EG 21/09 R](#) juris RdNr 23, 33, 61). In diesem Kontext hat das BVerfG auch bereits entschieden, dass die Nichtberücksichtigung des im Bemessungszeitraum bezogenen Alg die zulässige Ausgestaltung des Elterngelds als Einkommensersatzleistung konsequent umsetzt und darum verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist (BVerfG <Kammer> Beschluss vom 24.11.2011 [1 BvR 1457/11](#) juris RdNr 5).

27

Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme fern, der Gesetzgeber könnte im Regelungskontext des Elterngelds in seiner Ausgestaltung als Einkommensersatzleistung ausgerechnet die Konstellation möglicher Einkommensverluste im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft während einer Arbeitslosigkeit planwidrig nicht geregelt haben.

28

c) Der Senat hat auch weiterhin keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des abschließenden Katalogs der Ausklammerungstatbestände in [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 1 bis 4 BEEG](#).

29

aa) Das Fehlen eines weiteren Ausklammerungstatbestandes für Einkommensverluste von schwangeren arbeitslosen Frauen stellt keine geschlechtsspezifische Diskriminierung dar, die in Konflikt mit Art 3 Abs 2 und Art 3 Abs 3 GG geraten könnte. Soweit die Elterngeldvorschriften mit den Tatbestandsmerkmalen Schwangerschaft und Mutterschaft an das Geschlecht der anspruchsberechtigten Person anknüpfen, begünstigen sie von vornherein nur Frauen. Eine Diskriminierung der Klägerin wegen ihres Geschlechts gegenüber Männern scheidet daher von vornherein aus (vgl BSG Urteil vom 20.12.2012 [B 10 EG 19/11 R](#) SozR 47837 § 3 Nr 1 RdNr 28; BSG Urteil vom 25.6.2009 [B 10 EG 8/08 R](#) [BSGE 103, 291](#) = [SozR 47837 § 2 Nr 2](#), RdNr 44 ff mwN).

30

bb) Ebenso wenig verstößt [§ 2b Abs 1 Satz 2 Nr 3 BEEG](#) in der vom Senat gefundenen Auslegung gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art 3 Abs 1 GG.

31

Art 3 Abs 1 GG gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus Freiheitsrechten ergeben. Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind (stRspr; zB BVerfG <Kammer> Beschluss vom 17.6.2020 [1 BvR 1134/15](#) - juris RdNr 9; BSG Urteil vom 14.12.2017 [B 10 EG 7/17 R](#) [BSGE 125, 62](#) = [SozR 47837 § 2c Nr 2](#), RdNr 40; BSG Urteil vom 19.2.2009 - [B 10 KG 2/07 R](#) [SozR 45870 § 1 Nr 2](#) RdNr 24). Umgekehrt erweitern sich mit abnehmender Prüfungstrengigkeit die Gestaltungs- und Bewertungsspielräume des Gesetzgebers bei steigender "Typisierungstoleranz". Im Bereich der leistenden Massenverwaltung sind die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers besonders groß (vgl BVerfG Beschluss vom 27.7.2016 [1 BvR 371/11](#) [BVerfGE 142, 353](#) = [SozR 4-4200 § 9 Nr 15](#) juris RdNr 69 mwN). In Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist dort nur zu überprüfen, ob der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit überschritten hat und nicht, ob er unter verschiedenen Lösungen die gerechteste und zweckmäßigste gewählt hat (stRspr; zB BVerfG Beschluss vom 8.6.2004 [2 BvL 5/00](#) [BVerfGE 110, 412](#) juris RdNr 73 mwN). Der Gesetzgeber ist in diesem Zusammenhang insbesondere frei darüber zu befinden, was als im Wesentlichen gleich und was als so verschieden anzusehen ist, dass die Verschiedenheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt (stRspr; zB BVerfG Beschluss vom 30.9.1987 [2 BvR 933/82](#) [BVerfGE 76, 256](#) juris RdNr 139).

32

Das Elterngeld ist eine steuerfinanzierte fürsorgliche Sozialleistung der Familienförderung, die über die bloße Sicherung des Existenzminimums hinausgeht und verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten ist. Daher ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich lediglich verwehrt, seine Leistungen nach unsachlichen Gesichtspunkten also "willkürlich" zu verteilen (vgl BVerfG <Kammer> Beschluss vom 9.11.2011 - [1 BvR 1853/11](#) - [BVerfGK 19, 186](#) juris RdNr 10 f; BSG Urteil vom 18.3.2021 [B 10 EG 3/20 R](#) [BSGE 132, 14](#) = [SozR 47837 § 3 Nr 2](#), RdNr 47; BSG Urteil vom 14.12.2017 [B 10 EG 7/17 R](#) [BSGE 125, 62](#) = [SozR 47837 § 2c Nr 2](#), RdNr 40).

33

Speziell für die Ungleichbehandlung von schwangeren Frauen in Beschäftigung einerseits und arbeitslosen schwangeren Frauen andererseits bei der Bemessung des Elterngelds gilt nichts anderes. Sie knüpft nicht an für die Betroffenen unverfügbare persönliche

Merkmale an und bewegt sich deshalb als Ganzes innerhalb des umschriebenen weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums bei der Gewährung steuerfinanzierter Sozialleistungen. Diese Ungleichbehandlung ist durch hinreichend gewichtige sachliche Gründe gerechtfertigt.

34

(1) Einen gewichtigen rechtfertigenden sachlichen Grund bildet das allgemeine Strukturprinzip des Elterngelds in seiner Ausgestaltung als Einkommensersatzleistung, die sich grundsätzlich an dem vor der Geburt durchschnittlich erzielten Einkommen aus Erwerbstätigkeit orientiert (vgl. [§ 2 Abs 1 Satz 1](#), [§ 2b Abs 1 Satz 1](#) und [§ 2b Abs 2 Satz 1 BEEG](#)). Mit diesem Regelungsansatz geht einher, dass sich Einkommensminderungen oder ausfälle im Bemessungszeitraum bei der Festsetzung der Leistungshöhe grundsätzlich zulasten der berechtigten Person auswirken (BSG Urteil vom 24.3.2022 [B 10 EG 1/20 R](#) SozR 47837 § 2 Nr 34 RdNr 32 f mwN). Diese Ausgestaltung des Elterngelds als Einkommensersatzleistung, die an das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses oder einer selbstständigen Tätigkeit im Bemessungszeitraum anknüpft, ist wie oben unter b) bereits ausgeführt verfassungsrechtlich zulässig (BVerfG <Kammer> Beschluss vom 24.11.2011 [1 BvR 1457/11](#) juris RdNr 5; BVerfG <Kammer> Beschluss vom 9.11.2011 - [1 BvR 1853/11](#) - [BVerfGK 19, 186](#) - juris RdNr 7 ff).

35

(2) Eine weitere Rechtfertigung für den Verzicht des Gesetzgebers auf einen zusätzlichen Ausklammerungstatbestand für Zeiten der Arbeitslosigkeit ist wie oben ebenfalls unter b) schon aufgezeigt die von ihm gewählte, verfassungsrechtlich zulässige allgemeine und ausnahmslose Zuordnung eines Einkommensverlustes wegen Arbeitslosigkeit zur Risikosphäre des Elterngeldberechtigten (vgl. BVerfG <Kammer> Beschluss vom 24.11.2011 [1 BvR 1457/11](#) juris RdNr 5; BSG Urteil vom 24.3.2022 [B 10 EG 1/20 R](#) SozR 47837 § 2 Nr 34 RdNr 31; BSG Urteil vom 17.2.2011 [B 10 EG 21/09 R](#) juris RdNr 33 ff, 61 ff; Begründung der Fraktionen CDU/CSU und SPD zum Gesetzentwurf des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, [BTDrucks 16/1889 S 20](#) zu § 2 Abs 1).

36

(3) Zum maßgeblichen Gewicht dieser bewussten gesetzgeberischen Entscheidung als solcher kommt die erhebliche praktische Schwierigkeit, die Ursächlichkeit der Schwangerschaft für die fortbestehende Arbeitslosigkeit trennscharf und rechtssicher festzustellen. Wenn überhaupt wäre dies nur mit unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand möglich. Dies liefe aber dem vom Gesetzgeber beim Elterngeld als Bereich der Massenverwaltung gerade auch im Interesse der Leistungsberechtigten durchgängig verfolgten Prinzip der Verwaltungsvereinfachung und Praktikabilität der Leistungsgewährung (vgl. [§ 9 Satz 2 SGB X](#)) zuwider (vgl. hierzu zB BSG Urteil vom 24.3.2022 [B 10 EG 1/20 R](#) SozR 47837 § 2 Nr 34 RdNr 40; BSG Urteil vom 28.3.2019 [B 10 EG 8/17 R](#) BSGE 128, 9 = SozR 47837 § 2c Nr 6, RdNr 22; BSG Urteil vom 18.8.2011 [B 10 EG 7/10 R](#) [BSGE 109, 42](#) = SozR 47837 § 2 Nr 10, RdNr 31 und 38).

37

cc) Ebenso wenig ersichtlich ist schließlich ein Verstoß gegen Art 6 Abs 4 GG. Der hierin normierte Auftrag, jeder Mutter Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft angedeihen zu lassen, verpflichtet den Gesetzgeber wenn auch nicht ausnahmslos dazu, mit der Schwangerschaft und Mutterschaft verbundene wirtschaftliche Belastungen auszugleichen (BVerfG Beschluss vom 14.3.2011 [1 BvL 13/07](#) juris RdNr 64; BVerfG Beschluss vom 28.3.2006 [1 BvL 10/01](#) [BVerfGE 115, 259](#) = [SozR 4-4300 § 123 Nr 3](#) juris RdNr 53 f; BVerfG Beschluss vom 10.2.1982 [1 BvL 116/78](#) [BVerfGE 60, 68](#) = SozR 4100 § 104 Nr 10 juris RdNr 25; BSG Urteil vom 19.1.2005 [B 11a/11 AL 35/04 R](#) [SozR 44300 § 147 Nr 3](#) RdNr 15 = juris RdNr 22; BSG Urteil vom 29.5.2008 [B 11a/7a AL 64/06 R](#) juris RdNr 35). Da Art 6 Abs 4 GG die erforderlichen Schutzmaßnahmen nicht konkret benennt, kommt dem Gesetzgeber bei der Erfüllung dieses Auftrags ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Verfassungsrechtlich zwingend geboten ist lediglich ein Mindestschutz (vgl. BAG Urteil vom 20.8.2002 - [9 AZR 353/01](#) - [BAGE 102, 218](#) juris RdNr 39; Uhle in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art 6 RdNr 71, Stand Februar 2023; Seiler in Bonner Kommentar zum GG, Art 6 Abs 4 RdNr 83, Stand September 2021; Badura in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art 6 RdNr 162, Stand Januar 2019), den die beschriebenen Regelungen des Elterngelds zur Verhinderung von Elterngeldeinbußen wegen Einkommensverlusten durch die Schwangerschaft erkennbar gewährleisten.

38

3. Gegen die Elterngeldberechnung hat die Klägerin ansonsten keine Bedenken geäußert. Auch für den Senat sind Berechnungsfehler zu ihren Lasten auf der Grundlage der Feststellungen des LSG nicht ersichtlich.

39

4. Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2023-07-18