

BEEG: Berechnung des Elterngeldes bei schwangerschaftsbedingten Einkommensnachteilen

Unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrages nach Art. 6 Abs. 4 GG sind in entsprechender Anwendung der gesetzlichen Vorgaben des § 2 b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BEEG aus dem der Berechnung des Elterngeldes zugrunde liegenden vorgeburtlichen Bemessungszeitraum Kalendermonate auszuklammern, während derer die Mutter schwangerschaftsbedingte Einkommensnachteile erfahren hat.

Orientierungssatz

Solche schwangerschaftsbedingte Einkommensnachteile können vorliegen, wenn eine befristet beschäftigte Schwangere in einem Tätigkeitsfeld mit schwerer körperlicher Arbeit (hier als Kameraas-

sistentin) aus Gründen der Schwangerschaft keinen befristeten (Anschluss-)Arbeitsvertrag mehr abgeschlossen hat.

LSG Niedersachsen, Urt. v. 24.1.2022 – L 2 EG 4/20

Entscheidungsanmerkung:

1. Das Urteil hat bereits mediales Interesse mit Titeln wie „Gesetzeslücke beim Elterngeld geschlossen“ hervorgerufen.

Ausgangspunkt war die Berechnung des Elterngeldes bei nichtselbständiger Erwerbstätigkeit gemäß § 2 b Abs. 1 S. 1 BEEG. Danach ist grundsätzlich das Einkommen der letzten 12 Kalendermonate vor der Geburt des Kindes (bzw. des Einsetzens des Mutterschaftsgeldbezugs) für die Höhe des Elterngeldes maßgeblich. In Satz 2 hat der Gesetzgeber vier abschließende Ausnahmen normiert. Damit kein

schwangerschaftsbedingter Nachteil entsteht, ist in Nr. 3 geregelt, dass Kalendermonate auf Antrag unberücksichtigt bleiben, in denen die berechtigte Person wegen schwangerschaftsbedingter Arbeitsunfähigkeit ein geringeres Einkommen (Krankengeld) erzielt hat.

Die Gesetzeslücke entstand, weil die Klägerin als Kameraassistentin branchenüblich jeweils nur projektbezogen befristet beschäftigt wird. Ab dem 5. Schwangerschaftsmonat war sie wegen ihrer körperlich herausfordernden Tätigkeit als Kameraassistentin nicht mehr in der Lage, weitere befristete Arbeitsverhältnisse zu begründen. Deshalb bezog die Klägerin bis zur Entbindung 5 Monate Arbeitslosengeld. Anders als bei einer schwangerschaftsbedingten Arbeitsunfähigkeit wurde ein geringeres Elterngeld bewilligt, weil Zeiten der Arbeitslosigkeit nicht als elterngeldrechtliches Bezugseinkommen anerkannt werden (vgl. BSG, 17.02.2011, B 10 EG 21/09 R). Die Klägerin hat deshalb beantragt, dass der fünfmonatige Arbeitslosengeldbezug analog § 2 b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BEEG wegen des faktischen Beschäftigungsverbots unberücksichtigt bleibt.

2. Die Beklagte lehnte diesen Antrag ab, weil die Klägerin nicht arbeitsunfähig gewesen wäre, sondern ohne Bestehen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund eines Beschäftigungsverbots nicht hätte erwerbstätig werden können. Nach Rücksprache mit den zuständigen Stellen auf Landes- und Bundesebene läge keine planwidrige Gesetzeslücke vor. Für die letzten 5 Monate vor der Entbindung wurde ein Arbeitseinkommen in Höhe von 0,00 € zugrunde gelegt. Deshalb erhielt die Klägerin nicht wie vom Gesetzgeber vorgesehen Elterngeld auf der Grundlage der letzten 12 Monate, sondern nur 7/12 des eigentlichen Betrages.

3. Das Sozialgericht Lüneburg bestätigte die Rechtsauffassung der Beklagten. Es ging zudem davon aus, dass die Klägerin die zweite Voraussetzung des Schiebetatbestandes (schwangerschaftsbedingte Einkommensminderung) nicht nachgewiesen hätte. Da die Klägerin die objektive Beweislast trage, dürfe eine überschlägige oder mit Vermutungen operierende Betrachtung nicht stattfinden.

4. Nach verfassungskonformer Auslegung fordere die Klägerin die Gleichbehandlung ihres schwangerschaftsbedingten Beschäftigungsverbots mit einer schwangerschaftsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Andernfalls würde eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts verwirklicht und der Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 1 und 4 GG verletzt werden. Denn die Schutzvorschrift des MuSchG würde entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, 18.11.2003, 1 BvR 302/96) zur wirtschaftlichen Schlechterstellung führen. Diese schwangerschaftsbedingte Benachteiligung hätte die Klägerin nur verhindern können, wenn sie trotz faktischen Beschäftigungsverbots unter Gefährdung der Leibesfrucht und ihrer Gesundheit weiter als Kameraassistentin gearbeitet hätte, was selbstverständlich keine Option war.

Im Hinblick auf die schwangerschaftsbedingte Einkommensminderung wies die Klägerin darauf hin, dass selbst bei einem nur eintägigen Arbeitsverhältnis als Kameraassis-

tentin im streitbefangenen Zeitraum der für eine Verschiebung vorausgesetzte Einkommensverlust eingetreten wäre (vgl. Schütz, jurisPR-SozR 25/2018 Anm. 5). Zudem sei zu beachten, dass die Ermittlung eines Verdienstaustausfalls zwar keine völlig abstrakte Berechnung zuließe, da konkrete Anhaltspunkte für einen Verdienst vorliegen müssten. Andererseits dürften an den entsprechenden Feststellungen auch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, 22.08.2018, L 2 EG 8/18, Rn 42 m. w. N.). Das BSG hat eine Schätzung nach § 287 ZPO akzeptiert, wenn wie bei der Klägerin in der Vergangenheit liegende nachvollziehbare Anhaltspunkte für die Schätzung mitgeteilt werden (vgl. BSG, 07.07.2011, S 14 AS 51/10 R). Ausgehend von diesen Grundsätzen hätte die Klägerin mit hoher Wahrscheinlichkeit ohne das schwangerschaftsbedingte Beschäftigungsverbot während des fünfmonatigen Arbeitslosengeldbezugs zumindest eine befristete Tätigkeit aufnehmen können.

5. Das LSG Niedersachsen-Bremen folgte im Wesentlichen der Klägerin. Die erweiternde Gesetzesauslegung wurde auf den Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 1 und 4 GG gestützt. Das LSG konstatierte eine planwidrige Gesetzeslücke, weil der Gesetzgeber verkannt habe, dass sich das für maßgeblich erkannte „gesundheitliche Risiko Schwangerer“ nicht erst in einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung realisieren könne. Gerade mit dieser Zielrichtung habe der Gesetzgeber die umfangreichen Schutzvorschriften im MuSchG normiert. Auch der vom Gesetzgeber im Elterngeldrecht verfolgte Ansatz, dass sich das schwangerschaftsbedingte gesundheitliche Risiko nicht bei der Berechnung des Elterngeldes negativ auswirken solle, impliziere die Übertragung dieser Grundsätze auf zu ergreifende Schutzmaßnahmen wie dem vorliegenden Beschäftigungsverbot. Nach der Gesetzeslage könnten zwar für den Regelfall eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses oder bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit insoweit keine Nachteile entstehen. Dies gelte jedoch nicht bei einem befristeten Beschäftigungsverhältnis.

Das LSG bejahte auch die zweite Voraussetzung eines Kausalzusammenhangs zwischen Schwangerschaft und Verdienstaustausfall nach dem hypothetischen Verlauf entsprechend § 252 BGB. Denn es wäre nach dem gewöhnlichen Verlauf davon auszugehen, dass die Klägerin wie in der Vergangenheit im fünfmonatigen Arbeitslosengeldbezug Aufträge erhalten hätte.

6. Bemerkenswert ist auch, dass die Klägerin bei der Geburt ihres ersten Kindes als selbständige Kameraassistentin aufgrund des Beschäftigungsverbots keine Nachteile bei der Elterngeldhöhe hinnehmen musste. Denn gemäß § 2 b Abs. 2 BEEG ist zur Ermittlung des Elterngeldes bei Selbständigen der letzte steuerliche Veranlagungszeitraum maßgeblicher Bemessungszeitraum. Inzwischen werden Kameraassistenten angesichts ihrer betrieblichen Eingliederung und der umfassenden Weisungsgebundenheit nur noch im Rahmen von sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen beschäftigt. Nach der gesetzlichen Systematik ist es mehr als folgewidrig, dass die Sozialversicherungspflicht zur vom LSG geschlossenen Schutzlücke führte.

7. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass überproportional viele junge Frauen befristet beschäftigt werden. Dieses Phänomen wird in der politischen Diskussion bereits seit Jahren mit den Schlagworten „jung, weiblich, befristet“ angeprangert. Hintergrund dürfte sein, dass einzig diese Vertragspraxis Arbeitgebern gewährleistet, dass Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmerinnen beendet werden, wenn diese während der Befristung schwanger werden. Ausgehend davon dürfte die überdurchschnittlich hohe Befristung jüngerer Frauen im Grenzbereich zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts liegen.

8. Im anderen Zusammenhang ist der Gesetzgeber bereits aktiv geworden. Dieser hat auf pandemische Härtefälle durch die Neuregelung des § 2 b Abs. 1 S. 3 BEEG reagiert. Danach bleiben auch Monate unberücksichtigt, in denen Arbeitnehmer*Innen pandemiebedingt ein geringeres Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt haben.

Rechtsanwalt Michael Tsalaganides, Hamburg