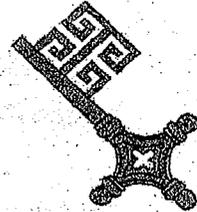




Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen



Im Namen des Volkes

Urteil

Verkündet am: 24. Januar 2022

L 2 EG 4/20

S 8 EG 1/19 Sozialgericht Lüneburg

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

– Klägerin und Berufungsklägerin –

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Paul Boubaris Tsalaganides,
Hölertwiete 4, 21073 Hamburg

gegen

[REDACTED]

– Beklagter und Berufungsbeklagter –

hat der 2. Senat des Landessozialgerichts [REDACTED] auf die mündliche Verhandlung vom 24.01.2022 in [REDACTED] durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Dr. [REDACTED], die Richterin am Landessozialgericht Dr. [REDACTED] und den Richter am Landessozialgericht Dr. [REDACTED] sowie die ehrenamtlichen Richter [REDACTED] und Dr. [REDACTED] für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts [REDACTED] vom 26. November 2020 aufgehoben.

Unter Abänderung des Bescheides des Beklagten vom 3. Mai 2018 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 22. Januar 2019 wird der Beklagte verpflichtet, den Elterngeldanspruch der Klägerin unter Zugrundelegung des Zeitraums August 2016 bis Juli 2017 als Bemessungszeitraum für die Ermittlung des vorgeburtlichen Einkommens aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit neu zu berechnen.

Der Beklagte trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Klägerin aus beiden Rechtszügen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt höheres Elterngeld für die Betreuung ihres zweiten Kindes, d.h. des am 23. Februar 2018 geborenen Sohnes [REDACTED]

Ärztlicherseits festgestellt wurde die Schwangerschaft erstmals am 11. August 2017. Vor der Geburt ihres Kindes hatte die Klägerin seit dem 10. Januar 2018 Mutterschaftsgeld bezogen.

Die Klägerin arbeitet seit 2001 als Kameraassistentin insbesondere bei Filmproduktionen (vgl. insbesondere auch die Aufstellung der Projekte, an denen sie als Kameraassistentin mitgewirkt hat, auf Bl. 121 ff. GA). Nach einem berufsbegleitenden Studium hat sie 2007 den Bachelor of Arts im Studiengang „Filmmaking“ erworben.

Entsprechend den branchenüblichen Gepflogenheiten schließt sie bei einem entsprechenden Engagement mit dem Produktionsunternehmen jeweils einen befristeten Arbeitsvertrag für die Dauer der vorgesehenen Filmaufnahmen ab. Dementsprechend setzt sich ihr beruflicher Lebenslauf aus einer Vielzahl befristeter abhängiger Beschäftigungsverhältnisse zusammen, zwischen denen jeweils Zeilen der Arbeitslosigkeit liegen (vgl. wegen der Einzelheiten insbesondere die Anlagen zum Schriftsatz der Klägerin vom 10. Januar 2022 und namentlich den dort enthaltenen Versicherungsverlauf des Rentenversicherungsträgers vom 4. Februar 2021). Neben den Lohnzahlungen aus abhängiger Beschäftigung hatte die Klägerin 2016 und 2017 keine Einnahmen aus einer selbständigen Tätigkeit.

Im Einzelnen war die Klägerin in den Jahren 2016 und 2017 während folgender Zeiträume ab Kameraassistentin abhängig beschäftigt (vgl. den o.g. Versicherungsverlauf):

Beschäftigungszeitraum	Arbeitsentgelt laut Versicherungsverlauf des Rentenversicherungsträgers, wobei nur das Entgelt bis zur jeweils maßgeblichen rentenrechtlichen Beitragsbemessungsgrenze, welche sich 2017 auf kalendertäglich 216,67 € belief, berücksichtigt worden sind
3.3. bis 15.4.2016	7.560 €
1. bis 15.6.2016	1.739 €
19.7. bis 14.9.2016	9.720 €
21. bis 24.9.2016	827 €
10. bis 18.10.2016	1.560 €
22.10. bis 18.11.2016	1.855 €
7. bis 8.11.2016	413 €
10.11.2016 und 17.11.2016	Jeweils 207 €
16.12.2016	207 €

Mai	0,00 €
Juni	5191,67 €
Juli	5562,74 €

Für die Monate Juli bis Dezember 2017 hatte der Beklagte jeweils ein Einkommen von 0 Euro in Ansatz gebracht.

Nach Reduzierung der vorstehend aufgeführten Monatsbeträge um monatlich 83,33 € für jeden Monat mit positiven Einkünften für die pauschale Berücksichtigung von Werbungskosten nach § 2c Abs. 1 Satz 1 BEEG (in der 2018 maßgeblichen Fassung der Bek. v. 27.1.2015, BGBl. I, 33) ergab sich ein durchschnittliches Einkommen in Höhe von 1.210,92 €. Nach Abzug pauschaliert ermittelter Beträge für Steuern gemäß § 2e BEEG in Höhe von monatlich 33 € und für Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 2f BEEG in Höhe von 263,04 € verblieb ein Betrag von 914,88 €. Unter Heranziehung des sich aus § 2 Abs. 2 BEEG ergebenden Bemessungssatzes von 71,2 % ergab sich dabei ein monatlicher Basiselterngeldbetrag von 651,39 € (wobei sich für Monate der Inanspruchnahme von Elterngeld Plus eine Leistung in Höhe der Hälfte dieses Betrages gemäß § 4 Abs. 3 Satz 2 BEEG ergab). Wegen der weiteren Einzelheiten der Berechnung wird auf die Begründung des angefochtenen Bescheides und auf die Berechnung auf Bl. 84 ff. VV verwiesen.

Mit der am 12. Februar 2019 erhobenen Klage hat sich die Klägerin gegen die Berechnung des Elterngeldes gewandt und geltend gemacht, dass anstelle der mit einem Einkommen von jeweils 0 Euro in die Berechnung des vorgeburtlichen Durchschnittseinkommens berücksichtigten Monate August bis Dezember 2017 richtigerweise die Monate August bis Dezember 2016 heranzuziehen gewesen wären, während derer sie Arbeitsentgelt verdient habe. Die Nichtausübung einer beruflichen Tätigkeit in den Monaten August bis Dezember 2017 sei durch die damalige Schwangerschaft bedingt gewesen. Ihre dadurch hervorgerufene Arbeitslosigkeit dürfe unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Schutzes der schwangeren Frauen nicht zu ihrem Nachteil berücksichtigt werden, zumal damit eine mittelbare Diskriminierung wegen ihres Geschlechts verbunden sei.

Die Ausübung des Berufes einer Kameraassistentin bringe es mit sich, dass bei jeder neuen Einstellung die schwere Kamera und das Stativ neu aufgebaut und umgestellt werden müssten. Solche Tragebelastungen seien einer Schwangeren aus medizinischer Sicht nicht zuzumuten. Auch müsse die Arbeit dauerhaft im Stehen verrichtet werden. In der Filmbranche seien Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit üblich. Der Manteltarifvertrag für Film- und Fernsehschaffende verpflichte die Beschäftigten für die jeweilige Produktionszeit zu täglichen Arbeitszeiten von bis zu 13 Stunden.

bewegenden Ausrüstungsteile wögen häufig mehr als 10 kg. 30 bis 60 Kameraumbauten pro Drehtag seien üblich. Erforderlich sei ein Arbeiten „unter ergonomisch schwierigen bis abenteuerlichen Umständen“. Die Filmarbeiten würden häufig auch nachts und/oder am Wochenende durchgeführt. Zudem seien hohe elektromagnetische Belastungen am Set üblich.

Die Klägerin beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts [REDACTED] vom 26. November 2020 aufzuheben und
2. den Beklagten unter Abänderung des Bescheides vom 3. Mai 2018 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 22. Januar 2019 zu verpflichten, ihren Elterngeldanspruch unter Zugrundelegung des Zeitraums August 2016 bis Juli 2017 als Bemessungszeitraum für die Ermittlung des vorgeburtlichen Einkommens aus nicht-selbstständiger Erwerbstätigkeit neu zu berechnen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Angesichts des Fehlens einer planwidrigen Gesetzeslücke sieht er sich an die gesetzlichen Vorgaben gebunden. Der Klägerin reiche nicht das besondere gesundheitliche Risiko aufgrund der Schwangerschaft zum Nachteil, zu dessen Schutz der Gesetzgeber die Regelung in § 2b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BEEG normiert habe. Nach Rücksprache mit den zuständigen Stellen auf Landes- und Bundesebene sehe er auch unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich in Art. 6 Abs. 4 GG normierten Schutzanspruchs der Schwangeren keine Möglichkeiten zu einer anderen Würdigung.

Die Klägerin habe schon aufgrund ihrer ersten Schwangerschaft deren Auswirkungen auf ihren Berufszweig gekannt und hätte sich „darauf vorbereiten können“. Ihr sei schon aufgrund der Schwangerschaft mit ihrem ersten Kind bekannt gewesen sei, dass sie ihren Beruf während einer Schwangerschaft nicht ausüben könne. Von daher hätte sie nach beruflichen Alternativen suchen müssen, nachdem die erneute Schwangerschaft bekannt geworden sei. Auch aus Sicht des Beklagten sei allerdings einzuräumen, dass die Suche nach einer adäquaten und adäquat bezahlten Arbeitsstelle in dem dann in Betracht kommenden ungelernten Sektor sicherlich sehr schwierig gewesen wäre.

Berechnung des vorgeburtlichen Einkommens (zusätzlich zu den weiterhin zu berücksichtigenden Monaten Januar bis Juli 2017) heranzuziehen sind. In diesen Monaten hat die Klägerin ihre Tätigkeit als Kameraassistentin ausgeübt und dementsprechend auch ein entsprechendes Einkommen aus abhängigen Beschäftigungen erzielt.

Die Nichteinbeziehung der Monate August bis Dezember 2017 in den Bemessungszeitraum trägt dem vom Gesetzgeber mit der Normierung des § 2b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BEEG verfolgten Regelungsziel Rechnung. Nach dieser Vorschrift haben bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums für die Ermittlung des vorgeburtlichen Einkommens Kalendermonate unberücksichtigt zu bleiben, in denen die berechnete Person eine Krankheit hatte, die maßgeblich durch eine Schwangerschaft bedingt war, sofern diese dadurch ein geringeres Einkommen aus Erwerbstätigkeit hatte.

Bei dieser Regelung hat sich der Gesetzgeber von der Einschätzung leiten lassen, dass das „besondere gesundheitliche Risiko Schwangerer“ ihnen bei der Berechnung des ihnen zustehenden Elterngeldes nicht zum Nachteil gereichen soll (vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/1889, S. 20 zu der seinerzeit in § 2 Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs vorgesehenen Regelung, welche im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens insbesondere auch aus redaktionellen Erwägungen in den Abs. 7 des früheren § 2 übernommen wurde, vgl. die Ausschussberatungen BT-Drs. 16/2785, S. 38). Das Gesetz will Nachteile bei der Elterngeldberechnung in Fallgruppen des besonderen Erwerbsrisikos durch Schwangerschaft und Geburt ausgleichen (BSG, Urteil vom 16. März 2017 – B 10 EG 9/15 R –, BSGE 123, 1-10, SozR 4-7837 § 2b Nr 4, Rn. 28).

Bei der konkreten Umsetzung seines Regelungsansatzes hat der Gesetzgeber allerdings verkannt, dass sich das für maßgeblich erachtete „gesundheitliche Risiko Schwangerer“ nicht erst in schwangerschaftsbedingten Erkrankungen auswirken kann. Dieses Risiko drückt sich vielmehr gerade auch darin aus, dass gerade aufgrund seiner und zur Vermeidung seiner Realisierung Schutzmaßnahmen zu ergreifen sind. Soweit möglich, sollen schwangerschaftsbedingte Erkrankungen bis hin zu Risiken für die Leibesfrucht vermieden werden. Gerade auch mit dieser Zielrichtung hat der Gesetzgeber die umfangreichen Schutzvorschriften des Mutterschutzgesetzes normiert.

So hatten Arbeitgeber bereits nach der 2017 noch maßgeblichen früheren Fassung des MuSchG bei der Einrichtung und der Unterhaltung des Arbeitsplatzes einschließlich der Maschinen, Werkzeuge und Geräte und bei der Regelung der Beschäftigung die erforderlichen Vorkehrungen und Maßnahmen zum Schutze von Leben und Gesundheit der werdenden Mutter zu treffen (§ 2 Abs. 1). Wer eine werdende oder stillende Mutter mit Arbeiten beschäftigte,

ides ein, und zwar unabhängig davon, ob die Schwangere aufgrund der besonderen gesundheitlichen Risiken der Schwangerschaft tatsächlich weiterhin wie gewohnt oder nur mit Einschränkungen oder auch gar nicht arbeiten kann.

Mangels einer damit korrespondierenden Benachteiligung der Schwangeren bestand damit für den Gesetzgeber in Bezug auf den Regelfall des fortbestehenden Beschäftigungsverhältnisses kein Anlass, Monate eines Beschäftigungsverbotes nach § 11 MuSchG aus dem elterngeldrechtlichen Bemessungszeitraum herauszunehmen.

Soweit die Mutter vor der Geburt des Kindes (jedenfalls auch) Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit erzielt hat, bilden ohnehin nach der Sonderregelung des § 2b Abs. 2 BEEG nicht die letzten zwölf Monate vor der Geburt des Kindes (bzw. vor dem Einsetzen des Mutterschaftsgeldbezuges), sondern vielmehr der letzte abgeschlossene steuerliche Veranlagungszeitraum vor der Geburt des Kindes den maßgeblichen zwölfmonatigen Bemessungszeitraum. Dieser regelmäßig zeitlich weiter vor der Geburt zurückliegende Zeitraum wird ohnehin nur eher selten von den besonderen gesundheitlichen Risiken Schwangerer betroffen.

Hingegen beeinflussen die besonderen gesundheitlichen Risiken Schwangerer nachdrücklich die Einkommenssituation von Frauen, die abhängigen Beschäftigungen in Ketten vorübergehender und befristeter Arbeitsverhältnisse nachgehen. Sie werden im Ergebnis an einer Fortsetzung der Erwerbstätigkeit gehindert, wenn die Aufnahme neuerlicher Beschäftigungen während der Schwangerschaft aufgrund der während ihrer zu beachtenden Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung der tatsächlichen Arbeitsmarktverhältnisse nicht ernsthaft in Betracht kommt.

Diesen Sonderfall hat der Gesetzgeber bei der Normierung des § 2b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BEEG (und bereits bei der vorausgegangenen Regelung in § 2 Abs. 7 BEEG a.F.) übersehen. Hätte der Gesetzgeber diese Problematik erkannt, dann hätte er den ausdrücklich verfolgten Ansatz, das „besondere gesundheitliche Risiko Schwangerer“ ihnen bei der Berechnung des Elterngeldes nicht zum Nachteil gereichen soll, dahingehend konkretisiert, dass nicht nur Monate mit einer durch eine schwangerschaftsbedingte Erkrankung hervorgerufenen Minderung des Erwerbseinkommens, sondern auch Monate mit einer durch die Schwangerschaft selbst bedingten Einkommensminderung aus dem zwölfmonatigen Bemessungszeitraum auszuklammern sind. Unter diesem Gesichtspunkt ist damit eine planwidrige Gesetzeslücke zu konstatieren.

Der Gesetzgeber wollte vermeiden, dass die Schwangeren aufgrund gerade der mit der Schwangerschaft verbundenen gesundheitlichen Sondersituation und den damit einhergehenden Geboten zur besonderen Umsicht insbesondere im Sinne der Beachtung der besonderen

wie sie auch vom Gesetzgeber mit den Vorgaben des MuSchG vorgegeben worden sind, war die Ausübung dieser Tätigkeit in der Schwangerschaft nicht zu vereinbaren. Dies hat bereits der Betriebsarzt [REDACTED] in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2014 einleuchtend dargelegt. Diese betraf im Ausgangspunkt noch die damalige erste Schwangerschaft der Klägerin, angesichts der unveränderten Gegebenheiten gilt sie sachlich in gleicher Weise auch für die im vorliegenden Verfahren zu beurteilende im August 2017 festgestellte erneute Schwangerschaft.

Auch die Stellungnahme des Berufsverbandes Kinematografie vom 1. März 2021 sowie die Darlegungen der Bundesagentur für Arbeit im Informationsdienst Berufenet (<https://berufenet.arbeitsagentur.de/berufenet/faces/index?path=null/kurzbeschreibung/gesundheitlicheaspekte&dkz=8589&such=Kameramann%2F-frau>) zu den erheblichen körperlichen Belastungen bei der Ausübung des Berufs einer Kamerafrau insbesondere in Form der Notwendigkeit der Einnahme von Zwangshaltungen und der Anforderungen an die Körperkraft beim Heben und Tragen etwa der (mehr als 10 kg) schweren Kameraausrüstung machen deutlich, dass eine Ausübung dieser Tätigkeit unter den beim Filmaufnahmen üblichen Bedingungen für eine schwangere Frau mit unzumutbaren den Vorgaben des MuSchG widersprechenden Risiken für die eigene Gesundheit und das Wohlergehen des Nasciturus verbunden sind.

Dies gilt auch im Hinblick auf die im Arbeitsleben in großem Umfang erwartete Bereitschaft zur Erbringung von – wiederum den Vorgaben des MuSchG widersprechenden – Überstunden. Im streitbetreffenen Zeitraum sah sogar der (zwischen der Allianz Deutscher Produzenten – Film und Fernsehen e. V. und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di – ausgehandelte) Tarifvertrag für auf Produktionsdauer beschäftigte Film- und Fernsehschaffende (TV FFS) vom 1. März 2016 (vgl. etwa Ziffer 5.2.5.2.) an „Drehtagen“ Tageshöchstarbeitungszeiten von bis zu 13 Stunden vor (<https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2016/03/TV-FFS-2016.pdf>). Auch die von der Klägerin vorgelegten Arbeitsverträge bringen Erwartungen der Arbeitgeber hinsichtlich längerer als sonst im Wirtschaftsleben üblicher Tagesarbeitszeiten zum Ausdruck.

Die fehlenden Möglichkeiten zur weiteren Ausübung des Berufs einer Kameraassistentin waren auch dadurch geprägt, dass die im Arbeitsleben üblichen Formen dieser Arbeit so ausgestaltet sind, dass sie mit den Vorgaben des MuSchG nicht in Einklang zu bringen sind. Der mit diesen Verboten angestrebte Schutz würde jedoch, gemessen an Art. 6 Abs. 4 GG, unvollständig bleiben, wenn er nicht von Maßnahmen begleitet wird, die die sich daraus ergebende Benachteiligung der Mutter soweit wie möglich ausgleichen (BVerfG, B.v. 28. März 2006 – 1 BvL 10/01 –, BVerfGE 115, 259, Rn. 55). Der damit verfassungsrechtlich gebotene Ausgleich umfasst auch die vorstehend erläuterte erweiternde Interpretation der Vorgaben des § 2b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BEEG im Sinne der Analogie.

Rechtsmittelbelehrung und Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe

I. Rechtsmittelbelehrung

Diese Entscheidung kann mit der Revision angefochten werden.

Die Revision ist von einem bei dem Bundessozialgericht zugelassenen Prozessbevollmächtigten innerhalb **eines Monats** nach Zustellung der Entscheidung schriftlich oder in elektronischer Form beim Bundessozialgericht einzulegen. Rechtsanwälte, Behörden oder juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse müssen die Revision als elektronisches Dokument übermitteln (§ 65d Satz 1 Sozialgerichtsgesetz - SGG). Die Revision muss bis zum Ablauf der Monatsfrist beim Bundessozialgericht eingegangen sein und die angefochtene Entscheidung bezeichnen.

Anschriften des Bundessozialgerichts:

bei Brief und Postkarte bei Eilbrief, Telegramm, Paket und Päckchen
34114 Kassel Graf-Bernadotte-Platz 5, 34119 Kassel
Telefax-Nummer:
0561-3107475

Die elektronische Form wird durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und

- von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist oder
- von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gem. § 65a Abs. 4 SGG eingereicht wird.

Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERVV) in der jeweils gültigen Fassung. Informationen hierzu können über das Internetportal des Bundessozialgerichts (www.bsg.bund.de) abgerufen werden.

Als Prozessbevollmächtigte sind nur zugelassen

1. Rechtsanwälte,
2. Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen,
3. selbstständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder,
4. berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,
5. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,

Zusammenschlüsse müssen den Antrag als elektronisches Dokument übermitteln (§ 65d Satz 1 SGG).

Dem Antrag sind eine Erklärung des Beteiligten über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (Familienverhältnisse, Beruf, Vermögen, Einkommen und Lasten) sowie entsprechende Belege beizufügen; **hierzu ist der für die Abgabe der Erklärung vorgeschriebene Vordruck zu benutzen**. Der Vordruck ist kostenfrei bei allen Gerichten erhältlich. Er kann auch über das Internetportal des Bundessozialgerichts (www.bsg.bund.de) heruntergeladen und ausgedruckt werden.

Wird Prozesskostenhilfe bereits für die Einlegung der Revision begehrt, so müssen der Antrag und die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst den Belegen innerhalb der Frist für die Einlegung der Revision beim Bundessozialgericht eingegangen sein.

Ist dem Beteiligten Prozesskostenhilfe bewilligt worden und macht er von seinem Recht, einen Rechtsanwalt zu wählen, keinen Gebrauch, wird auf seinen Antrag der beizuordnende Rechtsanwalt vom Bundessozialgericht ausgewählt.

III. Ergänzende Hinweise

Der Revisionsschrift und allen folgenden Schriftsätzen sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigelegt werden. Das Bundessozialgericht bittet darüber hinaus um zwei weitere Abschriften. Dies gilt nicht im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs.