

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Ordinarius für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht
an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg

Gutachten

für die Bayerische Staatsregierung

zur Frage der

**Anrechenbarkeit des Familiengeldes
auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende
nach dem Sozialgesetzbuch II**

21. September 2018

Kurzzusammenfassung

Das Gutachten gelangt zum Ergebnis, dass die **Anrechnung des bayerischen Familiengeldes auf das Arbeitslosengeld II rechtswidrig** ist.

Ausgangspunkt ist der **Nachranggrundsatz**, nach dem das Arbeitslosengeld II subsidiär ist: Ein Leistungsanspruch besteht nur dann, wenn das eigene Einkommen, wozu auch Sozialleistungen zählen können, und das eigene Vermögen nicht zur Deckung des Lebensunterhalts ausreichen. Gleichwohl bestehen **Ausnahmen** vom Nachranggrundsatz, **unter die das Familiengeld fällt**.

§ 8 Abs. 1 Satz 1 Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) i.V.m. § 27 Abs. 2 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) bestimmt, dass **dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistungen der Länder nicht auf einkommensabhängige Sozialleistungen wie das Arbeitslosengeld II angerechnet werden**. Mit dieser Ausnahme vom Nachranggrundsatz bezweckt der Gesetzgeber, auch die Erziehungsleistung Einkommensschwacher finanziell anzuerkennen und auch Hilfsbedürftige an der Familienförderung teilhaben zu lassen. Das **Familiengeld stellt eine dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder** dar und bleibt daher anrechnungsfrei. Beide Leistungen weisen nämlich **wesentliche Gemeinsamkeiten** auf: Es handelt sich um an die Erziehung eines Kindes geknüpfte Leistungen an Familien für die ersten Lebensjahre in vergleichbarer Höhe mit (bedingter) Einkommensersatzfunktion sowie zur Unterstützung junger Familien, zur Anerkennung der Erziehungsleistung und mit existenzsicherungsergänzender Funktion. Richtig ist, dass das Bayerische Familiengeldgesetz (BayFamGG) in zwei zentralen Anspruchsvoraussetzungen vom zuletzt geltenden BERzGG abweicht (Verzicht auf eine Höchstarbeitszeitgrenze und auf eine Einkommensgrenze). Dies ändert nichts an der Vergleichbarkeit. Denn das Bundeserziehungsgeld stellt keine statische Sozialleistung dar, sondern weist hinsichtlich der beiden genannten Punkte eine erhebliche Dynamik auf, was eine Gestaltungsbefugnis des bayerischen Gesetzgebers deckt. So hat der BERzGG-Gesetzgeber zum einen 2001 die (ohnehin schon relativ hohe) Höchstarbeitszeitgrenze von 19 auf 30 Wochenstunden weiter und substantiell erhöht und jedenfalls damit das Erfordernis einer vorrangigen Eigenbetreuung aufgegeben, gerade auch, um (grundrechtlich geschützten) Elternwünschen hinsichtlich des Umfangs der Erwerbstätigkeit Rechnung zu tragen und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern; diese Entwicklung schreibt der bayerische Gesetzgeber fort und vollzieht daher keinen Bruch mit dem BERzGG. Überdies aktualisiert das BayFamGG die Zielsetzung des BERzGG, eine bestmögliche Entwicklung des Kindes sicherzustellen, die nicht nur bei einer (vorrangigen) Eigenbetreuung zu erwarten ist, sondern auch eine (partielle) Fremdbetreuung

im zweiten und dritten Lebensjahr fördert. Zum anderen hat der BErzGG-Gesetzgeber unterschiedliche Ansätze hinsichtlich einer Einkommensgrenze verfolgt; für den überwiegenden Geltungszeitraum des BErzGG griff keine respektive keine substantielle Einkommensgrenze im ersten Bezugszeitraum. Auch insoweit knüpft das BayFamGG an das BErzGG an.

Eine **Anrechnungsfreiheit** des Familiengeldes folgt – unbeschadet der Einschlägigkeit der vorrangigen Regelung der § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 (BEEG) – **auch aus § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II**. Danach sind „Leistungen, die aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu einem ausdrücklich genannten Zweck erbracht werden, ... nur so weit als Einkommen zu berücksichtigen, als die Leistungen nach diesem Buch im Einzelfall demselben Zweck dienen.“ Diese Voraussetzungen sind erfüllt: Art. 1 Sätze 2 f. BayFamGG und die diese konkretisierende Gesetzesbegründung formulieren eine ausdrückliche, hinreichend konkrete und auf die Verwendung des Familiengeldes bezogene Zweckbestimmung (Förderung einer qualitativ hochwertigen frühen Erziehung und Bildung der Kinder einschließlich gesundheitsförderlicher Maßnahmen mit Einzelbeispielen in der Gesetzesbegründung), ohne dass eine darüber hinausgehende Zwecksicherung erforderlich ist. Unbeschadet einer (teilweisen) Überschneidung von Verwendungsmöglichkeiten liegt auch keine Zweckidentität vor. Denn das Familiengeld stellt keine der Sicherung des Lebensunterhalts dienende Sozialleistung dar, sondern knüpft an eine hiervon zu unterscheidende, spezifische Bedarfslage an [Deckung des erziehungs- und kindbedingten (Mehr-)Bedarfs], wobei auch weitere vom Bundessozialgericht anerkannte Indizien gegen eine Zweckidentität vorliegen (einkommens- und vermögensunabhängige Gewährung; pauschale und bedarfsunabhängige Bestimmung der Leistungshöhe; Fehlen einer prägenden Lohnersatzfunktion).

Schließlich lässt sich **Art. 1 Satz 4 BayFamGG** als Nichtanrechnungsregelung verstehen, deren Kompetenzkonformität und damit Maßgeblichkeit mit guten Gründen bejaht werden kann.

Gliederung

I.	Gutachtauftrag und Gang der Untersuchung	7
II.	Hintergrund: Das Familiengeldgesetz	8
III.	Kontroverse	12
1.	Position des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales	12
a)	Schreiben vom 10.8.2018	12
b)	Schreiben vom 30.8.2018	13
2.	Position der Regionaldirektion Bayern der Bundesagentur für Arbeit	15
a)	Vorläufige Einschätzung vom 20.7.2018	15
b)	Information der Regionaldirektion Bayern vom 29.08.2018	16
3.	Position des Bayerischen Staatsministeriums für Familie, Arbeit und Soziales.....	19
4.	Position des GKV-Spitzenverbands	24
IV.	Anrechnung des Familiengeldes auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gemäß SGB II	26
1.	Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes als dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG ..	27
a)	Allgemeine Grundsätze zur Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG	28
b)	Charakteristika des Erziehungsgeldes	28
aa)	Förderung der Eigenbetreuung des Kindes und Vereinbarkeit von Beruf und Familie.....	29
bb)	Zweck der Prämierung der Eigenbetreuung durch das Erziehungsgeld.....	34
(1)	Bedingte Einkommensersatzfunktion	34
(2)	Allgemeine Unterstützungs- und Anerkennungsfunktion.....	38
cc)	Einkommengrenzen und Bedürftigkeitselement.....	40
dd)	Existenzsicherungsergänzende Funktion	47

c)	Vergleichbarkeit des Familiengeldes mit dem Bundeserziehungsgeld.....	48
aa)	Wesentliche Gemeinsamkeiten von Familien- und Bundeserziehungsgeld...	48
bb)	Keine wesentlichen Unterschiede	50
(1)	Unschädlichkeit des Verzichts auf eine Höchstarbeitszeitgrenze.....	50
(2)	Unschädlichkeit des Verzichts auf Einkommensgrenzen	52
cc)	Fazit.....	53
d)	Perspektive der Bezieher von ALG-II-Leistungen.....	53
2.	Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes als zweckgebundene Leistung	
	i.S.d. § 11a Abs. 3 SGB II.....	54
a)	Ausdrückliche und konkrete Bestimmung eines Verwendungszwecks	57
b)	Erfordernis der Zwecksicherung?.....	59
aa)	Weitgehend ablehnende Haltung im Schrifttum	60
bb)	Ambivalente Rechtsprechung	60
cc)	Bewertung: kein striktes Erfordernis der Zwecksicherung	63
c)	Keine Zweckidentität	65
aa)	Konkretisierungen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts.....	65
bb)	Teilprivilegierung („so weit“)	66
cc)	Vergleich der Verwendungszwecke von ALG II und Familiengeld.....	67
(1)	Arbeitslosengeld II	67
(2)	Familiengeld.....	71
(3)	Zwischenergebnis.....	72
dd)	Keine Zweckidentität bei Deckung eines von der Existenzsicherung zu unterscheidenden Bedarfs.....	73
(1)	Kasuistik.....	73
(2)	Bewertung	78
3.	Anrechnung des Familiengeldes gemäß § 10 Abs. 1, 5 BEEG.....	81

4. Anrechnungsfreiheit gemäß Art. 1 Satz 4 BayFamGG.....	82
a) Sperrwirkung der bundesrechtlichen Anrechnungsregelung.....	83
aa) Anforderungen an die Sperrwirkung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG.....	83
bb) Keine abschließende Anrechnungsregelung im SGB II.....	84
cc) Abschließende Anrechnungsregelung im Bundesrecht?.....	85
dd) Zwischenfazit	88
b) Regelungskompetenz für Anrechnungsregelungen.....	89
V. Zusammenfassung in Thesen	92
VI. Literaturverzeichnis.....	97

I. Gutachtauftrag und Gang der Untersuchung

Der bayerische Gesetzgeber hat mit dem am 1.8.2018 in Kraft getretenen Bayerischen Familiengeldgesetz (BayFamGG) das Familiengeld eingeführt (II.). Eltern von ab dem 1.10.2015 geborenen Kindern erhalten ab dem 1.9.2018 im zweiten und dritten Lebensjahr der Kinder eine Zahlung von monatlich 250 Euro (erstes und zweites Kind) beziehungsweise 300 Euro (ab dem dritten Kind). Die Leistung erhalten alle Familien, mithin hängt die Leistungsberechtigung weder vom Einkommen noch von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit noch von der Fremd- oder Eigenbetreuung des Kindes ab.

Zwischen dem Freistaat Bayern und dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) ist umstritten, ob das Familiengeld auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gemäß dem SGB II anzurechnen ist (III.). Das vorliegende Gutachten untersucht in einem ersten Teil, ob das Familiengeld unter einen der beiden streitigen Ausnahmetatbestände, nämlich für dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder (§ 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG) oder für zweckgebundene Leistungen (§ 11a Abs. 3 SGB II), fällt; darüber hinaus werden weitere (Nicht-)Anrechnungstatbestände erörtert (IV.).

Kein Gegenstand des Gutachtens ist die Anrechenbarkeit des Familiengeldes auf Leistungen der Sozialhilfe gemäß SGB XII (§§ 82 f. SGB XII). Ebenfalls ausgeklammert bleiben Haftungsfragen sowie Fragen des Finanzverfassungsrechts und des Übergangsrechts (Art. 9a BayFamGG).

II. Hintergrund: Das Familiengeldgesetz

Als § 3 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018) hat der bayerische Gesetzgeber das Bayerische Familiengeldgesetz (BayFamGG) verabschiedet. Es wurde vom Bayerischen Landtag am 24.7.2018 beschlossen, am 31.7.2018 im Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt verkündet¹ und ist zum 1. August 2018 in Kraft getreten.

Der bayerische Gesetzgeber begründet die Einführung des Familiengeldes wie folgt:

Mit dem Bayerischen Betreuungsgeld und dem Bayerischen Landeserziehungsgeld werden nicht alle Eltern von ein und zweijährigen Kindern erreicht. Das vorliegende Gesetz ist erforderlich, um alle Familien mit kleinen Kindern finanziell zu unterstützen und Eltern bei ihren Entscheidungen hinsichtlich Erziehung, Bildung und Gesundheitsförderung einen ökonomischen Gestaltungsspielraum einzuräumen.

Das Familiengeld dient der Anerkennung und der Unterstützung der Erziehungsleistung von Eltern mit Kleinkindern. Die Gesellschaft baut auf Familien auf. Eltern legen das Bildungsfundament. Dafür benötigen sie ausreichend Entscheidungsfreiheit. Bei der Gewährung und Sicherstellung von Wahlfreiheit orientiert sich die bayerische Familienpolitik an den vorgefundenen Wünschen und Lebensentwürfen von Familien in Bayern. Eltern können das Familiengeld daher unabhängig von einer Einschränkung ihrer Erwerbstätigkeit und ihres Einkommens für die von ihnen gewünschte Form der Kinderförderung einsetzen.

Auf die Frage nach dem richtigen Bildungs-, Erziehungs- und Betreuungsangebot gibt es keine einheitliche Antwort für jedes Kind. Eltern treffen in Wahrnehmung ihres Elternrechts verantwortungsvolle Entscheidungen mit Blick auf ihre Kinder. Das Familiengeld soll die Entscheidung der Eltern wertschätzen.

Das Familiengeld setzt weder eine Einschränkung der Erwerbstätigkeit voraus, noch ist eine eigene Betreuung des Kindes notwendig; es ist vielmehr der autonomen Entscheidung von Vätern und Müttern überlassen, die für ihr Kind richtige Entscheidung zu treffen und ihr Familien- und Erwerbsleben ihren Vorstellungen entsprechend zu planen.²

In Einklang damit definieren Art. 1 Sätze 1 und 2 BayFamGG den doppelten Zweck des als Weiterentwicklung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes zu verstehenden Familiengeldes, nämlich die Erziehungsleistung der Eltern anzuerkennen und Mittel zur frühkindlichen Erziehung und Bildung einschließlich gesundheitsförderlicher Maßnahmen bereitzustellen:

¹In Weiterentwicklung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes erhalten Eltern mit dem Bayerischen Familiengeld eine vom gewählten Lebensmodell der Familie unabhängige, gesonderte Anerkennung ihrer

¹ BayGVBl. 14/2018, S. 622.

² Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 31 f.

Erziehungsleistung. ²Eltern erhalten zugleich den nötigen Gestaltungsspielraum, frühe Erziehung und Bildung der Kinder einschließlich gesundheitsförderlicher Maßnahmen in der jeweils von ihnen gewählten Form zu ermöglichen, zu fördern und insbesondere auch entsprechend qualitativ zu gestalten.

Als Konsequenz dieser Zwecksetzung betont Art. 1 Satz 3 BayFamGG, dass „[d]as Familiengeld ... nicht der Existenzsicherung“ dient. Folglich soll es gemäß Art. 1 Satz 4 BayFamGG auch nicht „auf existenzsichernde Sozialleistungen ... angerechnet werden.“

Konkretisierend führt die Gesetzesbegründung hierzu aus:

Das Gesetz zielt auf Familien mit Kleinkindern in Bayern ab. Sie erfahren damit eine spürbare Wertschätzung für ihre Erziehungsleistung. Zugleich sollen sie größere ökonomische Gestaltungsfreiräume erhalten. Mit dem Bayerischen Familiengeld erhalten Eltern für Erziehung, Bildung, Betreuung und Gesundheitsförderung ihrer Kinder mehr Möglichkeiten als bislang. Das Familiengeld ist somit eine moderne Weiterentwicklung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes und dient der Anerkennung und Unterstützung der Erziehungsleistung von Eltern mit Kleinkindern (§ 27 BEEG). Dabei sollen Eltern in noch größerem Maße Motivation und Möglichkeit erhalten, ihren Kindern einen guten Start ins Leben zu ermöglichen. Familiengeld dient somit nicht der Existenzsicherung, sondern darüber hinausgehenden Bedarfen (vgl. im Einzelnen auch nachstehend). Insbesondere eine Anrechnung nach § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II und vergleichbaren Vorschriften soll daher nicht erfolgen.

Der Staat hat zum einen die verfassungsrechtlich verankerte Aufgabe, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form zu ermöglichen und zu fördern (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 10. November 1998, Aktenzeichen 2 BvR 1057/91, 2 BvR 1226/91, 2 BvR 980/91; vgl. auch Art. 126 Abs. 1 Bayerische Verfassung). Deshalb verbessert die nunmehr gewährte Leistung die Wahlfreiheit von Vätern und Müttern. Ob externe oder familieninterne Betreuung, Finanzierung von Elternbeiträgen für eine Tageseinrichtung oder Kindertagespflege, zur Unterstützung einer Elterninitiative, ob Betreuung bei Vater oder Mutter, durch Großeltern oder andere Personen, ob Ganztagsangebot oder stundenweise Inanspruchnahme, all diese Optionen sollen sich im Interesse von Vielfalt und Wahlfreiheit idealerweise ergänzen und anfallende Kosten durch das Familiengeld gegenfinanziert oder zumindest reduziert werden. Die Leistung ist ebenso wie die gewählte Betreuung insoweit unabhängig von einer etwaigen Erwerbstätigkeit der Eltern und steht damit auch nicht in unmittelbarem Zusammenhang.

Mit der Leistung wird zugleich auch maßgeblich die frühe Bildung von Kindern unterstützt: Denn die ersten drei Lebensjahre sind das Alter, in dem Kinder so viel und so schnell lernen, wie sonst kaum mehr. Für ihre Entwicklung brauchen sie deshalb eine lernanregende und ihre Kompetenzen stärkende Umgebung. Dazu zählt u. a. die Stärkung der Sprachentwicklung in den ersten Lebensjahren, aber auch Musik (z. B. Klangschalen, Schellen, Xylophon, Holzblocktrommeln etc.) ist sehr gut geeignet, kommunikative Kompetenzen zu stärken. Für die Stärkung der körperbezogenen Kompetenzen unterstützen Bewegungsspiele und freie Bewegungsräume wie Kletterhäuser, Spielpodeste, Kriechrohre etc. die motorische Entwicklung.

Das Geld sollte insbesondere auch für Elternkurse zur Stärkung der Bindungs- und Erziehungsfähigkeit der Eltern sowie für Kinderkurse zur Bildung der Kinder wie Kleinkinderschwimmen, Musikerziehung, besondere größere Ausflüge oder Bildungsunternehmungen zur Verfügung stehen. Damit wird mit dem Bayerischen Familiengeld ein wesentlicher Beitrag zur Frühentwicklung des Kindes geleistet.

Auch Aufwendungen zu einer besonderen Gesundheitsfürsorge (zusätzliche Untersuchungen, gesunde, aufwändigere Ernährung, Kennenlernen besonderer frischer Lebensmittel) sind Zweck des Familiengeldes.³

Art. 2 BayFamGG definiert den Kreis der Leistungsberechtigten. Dessen Absatz 1 Satz 1 normiert folgende für den hier interessierenden Zusammenhang relevante Anspruchsvoraussetzungen:

Anspruch auf Familiengeld hat, wer

1. seine Hauptwohnung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Freistaat Bayern hat,
2. mit seinem Kind in einem Haushalt lebt und
3. dieses Kind selbst erzieht.

Es bestehen keine weiteren persönlichen Voraussetzungen, d.h. das Familiengeld steht allen Familien zu, unabhängig vom Einkommen, der Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder der Fremd- oder Eigenbetreuung des Kindes. Konkretisierend führt die Gesetzesbegründung zu den Nr. 2 und 3 aus:

Zu Nr. 2:

Die Vorschrift entspricht weitgehend dem bisherigen Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 BayLerzGG. Voraussetzung für den Bezug von Familiengeld ist, dass der Elternteil mit seinem Kind in einem Haushalt lebt. Die häusliche Gemeinschaft wird nicht dadurch aufgehoben, dass das Kind für einen Teil des Tages außerhäuslich betreut wird, etwa bei Verwandten oder wegen eines Krankenhausaufenthalts.

Zu Nr. 3:

Das Familiengeld dient der Anerkennung und Unterstützung der Erziehungsleistung von Eltern mit Kleinkindern. Voraussetzung für den Bezug von Familiengeld ist, dass der Elternteil das Kind selbst erzieht. Es besteht weder eine Pflicht des Elternteils, das Kind durchgehend selbst zu betreuen, noch ist die Inanspruchnahme eines Kita-Platzes für den Bezug der Leistung erforderlich.⁴

Die Höhe des Familiengeldes regelt Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BayFamGG; es „beträgt für das erste und zweite Kind des Berechtigten jeweils 250 Euro pro Monat, für das dritte und jedes weitere Kind des Berechtigten jeweils 300 Euro pro Monat.“ Der Bezugszeitraum ist in Art. 3 Abs. 3

³ Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 32.

⁴ Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 32 f.

BayFamGG geregelt: „Familiengeld kann in der Zeit vom ersten Tag des 13. Lebensmonats bis zur Vollendung des 36. Lebensmonats des Kindes bezogen werden“.

Schließlich enthält Art. 9a BayFamGG eine Übergangsregelung, die insbesondere auch das Verhältnis zum bisherigen Landeserziehungsgeld und Betreuungsgeld regelt:

(1) ¹Dieses Gesetz gilt für ab dem 1. Oktober 2015 geborene Kinder. ²Familiengeld wird frühestens ab 1. September 2018 gezahlt.

(2) ¹Für den Lebensmonat eines vor dem 1. September 2017 geborenen Kindes, der ab dem 1. September 2018 beginnt, prüft die zuständige Behörde von Amts wegen, ob der berechtigten Person

1. nach diesem Gesetz oder

2. auf Grund eines vor dem 1. September 2018 gestellten Antrags oder einer vor dem 1. September 2018 vorgenommenen Bewilligung nach dem Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz allein oder in Verbindung mit dem Bayerischen Betreuungsgeldgesetz

die höhere Leistung zusteht. ²Die berechtigte Person erhält ab diesem Lebensmonat die jeweils höhere Leistung. ³Die Sätze 1 bis 2 gelten für Kinder im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 auch dann, wenn die Aufnahme mit dem Ziel der Annahme ab dem 1. September 2017 erfolgt ist. ⁴Ab dem Lebensmonat, zu dem der Anspruch nach diesem Gesetz die nach dem Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz allein oder in Verbindung mit dem Bayerischen Betreuungsgeldgesetz zustehenden Leistungen erstmals übersteigt, werden für das jeweilige Kind Leistungen nach diesem Gesetz gewährt. ⁵Ein Anspruch nach dem Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz allein oder in Verbindung mit dem Bayerischen Betreuungsgeldgesetz besteht daneben nicht mehr.

(3) Im Übrigen werden Leistungen für Lebensmonate, die bis zum 1. September 2018 beginnen, nach dem Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz oder dem Bayerischen Betreuungsgeldgesetz und Leistungen für Lebensmonate, die ab dem 1. September 2018 beginnen, nach diesem Gesetz gewährt.

(4) ...

Damit löst, wie auch die Gesetzesbegründung klarstellt, vorbehaltlich der Übergangsregelung des Art. 9a Abs. 2 BayFamGG ab dem 1.9.2018 das Familiengeld das Landeserziehungsgeld und das Betreuungsgeld ab:

Die Vorschrift verankert ausdrücklich eine Beurteilung nach Lebensmonaten. Lebensmonate vor dem 1. September 2018 werden ausschließlich nach dem Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz oder dem Bayerischen Betreuungsgeldgesetz ggf. in Kombination der beiden Leistungen verbeschieden. Ab dem 1. September 2018 kann mit Ausnahme der in Abs. 2 geregelten Fälle nur die neue Leistung bezogen werden.⁵

⁵ Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 36.

III. Kontroverse

1. Position des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

a) Schreiben vom 10.8.2018

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat hinsichtlich der Anrechnung des Bayerischen Familiengeldes auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gemäß dem SGB II folgendes Schreiben vom 10.8.2018 an die Zentrale der Bundesagentur für Arbeit gerichtet, mit dem es die Anrechnungsfähigkeit bejaht:

...

Der Freistaat Bayern hat mit Wirkung zum 1. September 2018 ein sogenanntes Bayerisches Familiengeld eingeführt. Rechtsgrundlage ist das Bayerische Familiengeldgesetz (BayFamGG). Dieses Familiengeld ist im Rahmen des Sozialgesetzbuches Zweites Buch (SGB II) als Einkommen zu berücksichtigen. Artikel 1 Satz 4 BayFamGG, nach dem das Familiengeld auf existenzsichernde Sozialleistungen nicht angerechnet werden soll, begründet keine andere Beurteilung; die bundesrechtlichen Regelungen, die eine Anrechnung vorsehen, haben Vorrang.

Das Bayerische Familiengeld ist keine zweckbestimmte Einnahme im Sinne des § 11a Absatz 3 Satz 1 SGB II. Eine entsprechende Zweckbestimmung kann nur angenommen werden, wenn mit der Leistungserbringung eine bestimmte Verwendungserwartung verbunden ist. Die bloße Absicht, mit der Leistungsgewährung Anreize zu setzen oder ein bestimmtes Verhalten anzuerkennen, reicht nicht aus. Das Bayerische Familiengeld soll aber nach Artikel 1 Satz 1 BayFamGG „eine vom gewählten Lebensmodell der Familie unabhängige, gesonderte Anerkennung [der] Erziehungsleistung“ sein. Zwar zählt die Gesetzesbegründung verschiedene Verwendungsmöglichkeiten auf, mit denen aber keine bestimmte Verwendungserwartung verbunden ist. Zudem decken sich verschiedene der aufgezählten Verwendungsmöglichkeiten mit den Zwecken der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich derjenigen aus dem Bildungspaket, so etwa die Verwendung zur Ernährung oder zur Teilnahme an Bildungsangeboten.

Das Bayerische Familiengeld ist auch keine dem früheren Bundeserziehungsgeld vergleichbare und daher nach § 27 Absatz 2 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz in Verbindung mit § 8 Absatz 1 Satz 1 des insoweit weiter anwendbaren Bundeserziehungsgeldgesetzes anrechnungsfreie Leistung. Vielmehr soll das Familiengeld nach der Gesetzesbegründung eine „moderne Weiterentwicklung“ des Landeserziehungsgeldes

sein. Darüber hinaus sollte das Bundeserziehungsgeld auch den Einkommensausfall ersetzen, der Eltern entstand, die wegen der Erziehung Kinder keine Erwerbstätigkeit nachgingen, und setzte dementsprechend (ebenso wie auch das bayerische Landeserziehungsgeld) ausdrücklich voraus, dass die Eltern keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausüben. Sowohl Bundes- als auch das Landeserziehungsgeld knüpften dabei an die Bedürftigkeit der Eltern an und sahen klare Einkommensgrenzen vor. Das bayerische Familiengeld steht hingegen allen Eltern bedarfsunabhängig zur Verfügung.

Ich bitte Sie, die Regionaldirektionen über die Rechtslage zu unterrichten.

Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend war an der Prüfung innerhalb der Bundesregierung beteiligt.

Mit freundlichen Grüßen

...

b) Schreiben vom 30.8.2018

Darüber hinaus hat das BMAS eine Rücknahme der Weisung des StMAS an die Optionskommunen vom 14.8.2018 (siehe unten, III.3.) mit Schreiben vom 30.8. 2018 gefordert:

...

mit Schreiben vom 14. August 2018 hat Ihr Haus die zugelassenen kommunalen Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende in Bayern angewiesen, das neu einzuführende Bayerische Familiengeld nicht auf die Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) anzurechnen.

Diese Weisung verstößt gegen geltendes Recht, da das SGB II eine Anrechnung des Familiengeldes auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende verlangt.

Artikel 1 Satz 4 des Bayerischen Familiengeldgesetzes (BayFamGG), wonach das Familiengeld auf existenzsichernde Sozialleistungen nicht angerechnet werden soll, begründet keine andere Beurteilung; die bundesrechtlichen Regelungen, die eine Anrechnung vorsehen, haben Vorrang. Ausnahmetatbestände greifen insoweit nicht.

Das Bayerische Familiengeld ist keine zweckbestimmte Einnahme im Sinne des § 11 a Absatz 3 Satz 1 SGB II. Eine entsprechende Zweckbestimmung könnte – wie sie selbst in Ihrer Weisung vom 14. August 2018 zutreffend ausführen – nur angenommen werden, wenn mit der Leistungserbringung eine bestimmte Verwendungserwartung verbunden wäre. Die bloße Absicht, mit der Leistungsgewährung Anreize zu setzen oder ein

bestimmtes Verhalten anzuerkennen, reicht nicht aus. Das Bayerische Familiengeld soll aber nach Artikel 1 Satz 1 BayFamGG „eine vom gewählten Lebensmodell der Familie unabhängige, gesonderte Anerkennung [der] Erziehungsleistung“ sein. Zwar zählt die Gesetzesbegründung verschiedene Verwendungsmöglichkeiten auf. Mit diesen ist aber keine bestimmte Verwendungserwartung verbunden. Verschiedene der aufgezählten Verwendungsmöglichkeiten entsprechen sogar den Zwecken der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich derjenigen aus dem Bildungspaket.

Das Bayerische Familiengeld ist auch keine dem früheren Bundeserziehungsgeld vergleichbare Leistung im Sinne des § 27 Absatz 2 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz in Verbindung mit § 8 Absatz 1 Satz 1 des insoweit weiter anwendbaren Bundeserziehungsgeldgesetzes. Vielmehr soll das Familiengeld nach der Gesetzesbegründung eine „moderne Weiterentwicklung“ des Landeserziehungsgeldes sein. Auch sollte das Bundeserziehungsgeld den Einkommensausfall ersetzen, der Eltern entstand, die wegen der Erziehung ihrer Kinder keiner Erwerbstätigkeit nachgingen, und setzte dementsprechend (ebenso wie auch das bayerische Landeserziehungsgeld) ausdrücklich voraus, dass die Eltern keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausüben. Das bayerische Familiengeld steht hingegen allen Eltern bedarfsunabhängig zur Verfügung.

Bereits mit Schreiben vom 23. April 2018 hatte ich Sie auf die rechtlichen Rahmenbedingungen hingewiesen. Mit der Weisung, die sich bewusst im Widerspruch zur hiesigen Rechtsüberzeugung setzt, nehmen Sie eine unterschiedliche Rechtsanwendung in den Jobcentern in Bayern in Kauf, je nachdem, ob die Leistungsempfänger im Zuständigkeitsbereich einer gemeinsamen Einrichtung oder eines zugelassenen kommunalen Trägers wohnhaft sind. Sie erzeugen damit eine Situation der Rechtsunsicherheit sowohl bei den betroffenen Familien als auch bei den zugelassenen kommunalen Trägern.

Von Familien im Zuständigkeitsbereich der gemeinsamen Einrichtungen werden ggf. SGB II-Leistungen zurückgefordert werden müssen, soweit sie im Vertrauen auf Ihre Verlautbarungen den Bezug von Familiengeld nicht angegeben haben. Im Interesse der Betroffenen sollten diese vom Zentrum Bayern Familie und Soziales über die Anrechnung informiert werden.

Die zugelassenen kommunalen Träger wiederum müssen mit Prüfungen der Bewirtschaftung von Bundesmitteln rechnen, sofern sie Ihre Weisung vollziehen.

Ihre Verfahrensweise stellt damit ein bewährtes Prinzip der Durchführung des SGB II in Frage, wonach in Grundsatzfragen eine Verständigung im Bund-Länder-Verhältnis

gesucht wird. Dies soll gerade verhindern, dass unterschiedliche Rechtsauffassungen auf dem Rücken von Leistungsberechtigten und ihrer Familien ausgetragen werden oder sich zulasten der das Recht durchführenden Behörden auswirken. Vor diesem Hintergrund bitte ich die genannte Weisung zurückzunehmen. Für den Fall, dass die Weisung dennoch vollzogen wird, behält sich das BMAS rechtliche Schritte vor.

Die Förderung von Familien mit Kindern sollte unser gemeinsames Anliegen sein. In diesem Zusammenhang darf ich auf die Verabredung im Koalitionsvertrag verweisen, wonach der Kinderzuschlag ebenso wie die Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets deutlich ausgebaut werden sollen.

Eine Ablichtung dieses Schreibens erlaube ich mir, dem Deutschen Landkreistag und dem Deutschen Städtetag zukommen zu lassen.

Mit freundlichen Grüßen

...

2. *Position der Regionaldirektion Bayern der Bundesagentur für Arbeit*

a) Vorläufige Einschätzung vom 20.7.2018

Die Regionaldirektion Bayern der Bundesagentur für Arbeit ist in einer Rund-E-Mail vom 20.7.2018 (GZ: 280 – II-1105) zu einer gegenteiligen (vorläufigen) Bewertung des Familiengeldes gelangt und hat eine Anrechnungsfreiheit gemäß § 11a Abs. 3 SGB II bejaht:

Nach der in Art. 1 Bayerisches Familiengeldgesetz (BayFamGG) vorgenommen[en] Zweckbestimmung dient das FamG nicht der Existenzsicherung und soll auf existenzsichernde Sozialleistungen nicht angerechnet werden. Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regelung sowie der Begründung zum Gesetzentwurf bewertet der Fachbereich der RD Bayern das FamG als eine zweckbestimmte Einnahme i.S.d. § 11a Abs. 3 SGB II, die in vollem Umfang als anrechnungsfrei anzusehen ist. Die Nichtanrechnung begründet sich darauf, dass in der frühen Kindsphase in Bezug auf die Entwicklung des Kindes wesentliche Weichen für die Entwicklung eines Kindes gestellt werden und davon auszugehen ist, dass grundsätzlich und in jedem Fall in dieser Phase eine oder mehrere der im Gesetz-(Entwurf) genannten Einsatzzwecke und damit verbunden erhöhte Aufwendungen anfallen.

Die Bewertung des Fachbereichs hat derzeit nur vorläufigen Charakter, da lt. Auskunft der Zentrale hierzu bereits eine Prüfung durch das BMAS erfolgt. Neben der Anrechnungsfrage wird dort offensichtlich auch geprüft, ob das Land Bayern eine Landesleistung überhaupt von der Anrechnung auf eine Bundesleistung ausnehmen kann ...

Mit freundlichen Grüßen

...

b) Information der Regionaldirektion Bayern vom 29.08.2018

Die Regionaldirektion Bayern der Bundesagentur für Arbeit hat ihre vorläufige Einschätzung in ihrer Information vom 29.8.2018 (GZ: GO – II-1105) revidiert:

Titel: Information zur Anrechnung des Bayerischen Familiengeldes (BayFamG) auf die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II

1. Ausgangssituation

Der Bayerische Landtag hat am 11.07.2018 das Bayerische Familiengeldgesetz (BayFamGG) beschlossen. Das Bayerische Familiengeld (BayFamG) wird ab dem 01.09.2018 erbracht. Ziel des Gesetzes ist, dass alle Eltern von ein- und zweijährigen Kindern (d.h. vom 13. bis zum 36. Lebensmonat) unabhängig von der Betreuungsform und ihrem Einkommen von einer einheitlichen bayerischen Landesleistung profitieren.

Der Freistaat Bayern gewährt daher monatlich das BayFamG in Höhe von 250 Euro für das erste und zweite Kind und 300 Euro für jedes weitere Kind. Die Leistung kann für ab dem 01.10.2015 geborene Kinder gezahlt werden. Sie wird für Lebensmonate, die ab dem 01.09.2018 beginnen, im Laufe des Lebensmonats gezahlt, für den sie bestimmt ist. Das BayFamG wird durch das Zentrum Bayern Familie und Soziales (ZBFS) ausgezahlt.

Das BayFamG ist aus folgenden Gründen gem. § 11 SGB II als Einkommen zu berücksichtigen:

- Eine zweckbestimmte Einnahme i. S. d. § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II liegt nicht vor. Eine Zweckbestimmung kann nur angenommen werden, wenn mit der Leistungserbringung eine bestimmte Verwendungserwartung verbunden ist. Die bloße Absicht, mit der Leistungsgewährung Anreize zu setzen oder ein bestimmtes Verhalten anzuerkennen, reicht hierfür nicht aus.

- Eine Anrechnungsfreiheit des BayFamG ergibt sich auch nicht aus § 27 Abs. 2 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes, da das BayFamG keine dem früheren Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder ist.

Nach der Übergangsregelung in Art. 9a BayFamGG ist es möglich, dass übergangsweise alternativ ggf. noch Leistungen nach dem Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetzes (BayLerzGG), ggf. in Verbindung mit Leistungen nach dem Bayerischen Betreuungsgeldgesetzes (BayBtGG) gewährt werden können (sog. „Günstigkeitsvergleich“ hinsichtlich der jeweiligen Leistungshöhe zwischen BayFamG und BayLerzG und/oder BayBtG). Vor diesem Hintergrund wird darauf hingewiesen, dass als zu berücksichtigendes Einkommen i. S. d. § 11 SGB II nur das BayFamG und das BayBtG gelten. Das BayLerzG bleibt bei den SGB II-Leistungen wie bisher anrechnungsfrei.

2. Ziel

Durch umgehende Sachverhaltsaufklärung zur Bewilligung und zum Zufluss von Familiengeld können Überzahlungen weitgehend vermieden werden. Zur Identifizierung der betroffenen Leistungsberechtigten kann die von der Zentrale bereit gestellte opDs-Abfrage 6 041_Identifizierung von Bedarfsgemeinschaften mit einem potentiellen Anspruch auf Bayerisches Familiengeld genutzt werden.

Bei der Einkommensanrechnung zur Umstellung der in Betracht kommenden Leistungsfälle findet § 11b Abs. 1 SGB II und § 6 Abs. 1 Alg II-Verordnung Anwendung.

Es ist damit zu rechnen, dass die Anrechnung des Familiengeldes zu einer größeren Zahl an Widerspruchs- und Klageverfahren führen wird. Zu deren Behandlung erfolgen noch weitere Informationen. Die RD behält sich vor, die Anpassung der betroffenen Leistungsfälle stichprobenhaft nachzuhalten.

3. Info

Der Freistaat hält im Widerspruch zu der unter 1. dargestellten Rechtslage das Familiengeld für anrechnungsfrei und hat dies auch so kommuniziert. Es wird deshalb empfohlen, die betroffenen Bedarfsgemeinschaften vor Anpassung des Leistungsfalles (Anrechnung nach der Bedarfsanteilmethode) für die Zukunft und die Vergangenheit mittels der o. g. opDs-Abfrage zu identifizieren und mit einem an den Bevollmächtigten der Bedarfsgemeinschaft gerichteten Schreiben (**Anlage 1**) aufzufordern, die Bescheide über die Bewilligung von Leistungen i. R. d. BayFamGG vorzulegen und etwaige Zahlungen von Familiengeld mitzuteilen. Ist bekannt, wer familiengeldberechtigt ist, sollte

diese Mitwirkungsaufforderung mit einer Rechtsfolgenbelehrung nach § 66 Abs. 3 SGB I verbunden werden (vgl. **Anlage 2**). Ohne weiteres bekannt ist die Person des Familiengeldberechtigten in Alleinerziehenden-BGs.

Folgen fehlender Mitwirkung

- Die Rechtsfolgen nach den §§ 60, 66 SGB I – Versagung bzw. Entziehung im Umfang einer durchzuführenden Anrechnung des BayFamG – können nur eintreten, wenn die bezugsberechtigte Person ein entsprechendes Aufforderungsschreiben erhalten hat und über die Rechtsfolgen belehrt wurde (grundsätzlich nur bei Alleinerziehenden).
- Da die/der Berechtigte in Partner-Bedarfsgemeinschaften in der Regel nicht bekannt ist, kommt eine (teilweise) Entziehung/Versagung in diesen Fällen nicht in Betracht. Stattdessen müsste § 48 Absatz 1 Satz 1 SGB X angewendet werden und eine bereits ergangene Leistungsbewilligung unter Anrechnung des BayFamG (teilweise) aufgehoben werden.
- Wurde vor dem Bezug des BayFamG Elterngeld bezogen, gilt die Person als familiengeldberechtigt, für die das Elterngeld überwiegend bewilligt worden ist. Wurde einem Elternteil Landeserziehungsgeld oder Betreuungsgeld gewährt, kann in tatsächlicher Hinsicht vermutet werden, dass dieser auch Bezugsberechtigter des Familiengeldes ist. Für die Höhe des individuellen Anspruchs der Personen der Bedarfsgemeinschaft ist es wegen der Verteilung des Einkommens nach der Bedarfsanteilmethode unerheblich, welchem Elternteil das Familiengeld zugeordnet wird. Dies gilt nicht, wenn ein Elternteil anderes Einkommen erzielt, bei dem bereits eine Bereinigung (insb. 30-Euro-Pauschale) vorgenommen wurde. Aus Günstigkeitserwägungen und im Hinblick auf die Beweislastverteilung bei Aufhebungsentscheidungen bietet es sich hier an, das Familiengeld dem anderen Elternteil zuzuordnen. Für die Vergangenheit wird davon auszugehen sein, dass Hilfebedürftigkeit teilweise nicht mehr gegeben war. Vor einem Aufhebungs- (und etwaigem Erstattungs-)Verfahren wäre im Rahmen der Anhörung nach § 24 SGB X zu ermitteln, welcher Elternteil Bezieher des BayFamG ist.

§ 5 Abs. 3 in Verbindung mit § 12a SGB II findet auf das BayFamG keine Anwendung, weil es sich bei diesem nicht um eine Sozialleistung im Sinne des SGB handelt (vgl. § 11 Satz 1 SGB I).

Für eventuelle Rückfragen steht der Fachbereich Leistung SGB II der RD Bayern (per E-Mail - _BA-Bayern-SGBII-Leistung) zur Verfügung.

...

3. Position des Bayerischen Staatsministeriums für Familie, Arbeit und Soziales

Das Bayerische Staatsministerium für Familie, Arbeit und Soziales (StMAS) verneint die Anrechnungsfähigkeit. In einem Schreiben an die Optionskommunen sowie die Regierungen von Oberbayern, Mittelfranken, Unterfranken und Schwaben vom 14.8.2018 zum Vollzug des SGB II hat das StMAS folgende Hinweise erteilt:

1. Familiengeld

Am 1. August 2018 ist das Bayerische Familiengeldgesetz (BayFamGG) in Kraft getreten. Der Freistaat Bayern gewährt ab 1. September 2018 den Eltern für ab dem 1. Oktober 2015 geborene Kinder (Art. 9a Abs. 1 S. 1 BayFamGG) im zweiten und dritten Lebensjahr, d. h. vom 13. bis zum 36. Lebensmonat (Art. 3 Abs. 3 BayFamGG), 250 Euro pro Monat, ab dem dritten Kind 300 Euro pro Monat (Art. 3 Abs. 1 S. 1 BayFamGG). Das Bayerische Familiengeld (FamG) ist eine Leistung für alle Familien, unabhängig vom Einkommen oder der Erwerbstätigkeit und unabhängig davon, ob das Kind eine Krippe besucht oder in der Familie betreut wird.

Für zwischen 1. Oktober 2015 und 31. August 2017 geborene Kinder gilt eine Übergangsregelung, wonach ggf. noch Leistungen nach dem BayLERzGG / BayBtGG gewährt werden:

Soweit am 1. September 2018

- Leistungen nach dem BayLERzGG allein oder i.V.m. dem BayBtGG
 - bewilligt wurden
 - oder beantragt wurden
- und der Anspruch dem Grunde nach besteht,

erfolgt ein Günstigkeitsvergleich hinsichtlich der jeweiligen Leistungshöhe (Art. 9a Abs. 2 S. 1 BayFamGG). Der Auszahlungsbetrag im Monat kann für einen begrenzten Zeitraum nach alter Rechtslage höher sein. Die günstigere Leistung wird ab dem Lebensmonat, der im September 2018 beginnt, gewährt (Art. 9a Abs. 2 S. 2 BayFamGG).

Aufgrund dessen ist übergangsweise statt des FamG der befristete Bezug von Leistungen des BayLERzGG allein oder i.V.m. dem BayBtGG möglich.

Für ab dem 1. September 2017 geborene Kinder wird ausschließlich Familiengeld gewährt. Die Gesamtleistung für 24 Monate ist immer höher als die Leistung nach dem BayLErzGG und BayBtGG zusammen.

Das BayFamGG wird ausgeführt vom Zentrum Bayern Familie und Soziales (ZBFS).

2. Nicht-Anrechnung des FamG im SGB II

Das FamG ist im Rahmen des SGB II nicht als Einkommen anzurechnen. Auch Rechts-wahrungsanzeigen gegenüber dem ZBFS sind zu unterlassen.

Das Vorstehende ergibt sich unter Berücksichtigung des im Landesgesetz definierten Leistungszwecks zugleich aus § 27 BEEG und aus § 11a Abs. 3 SGB II:

2.1 Nachranggrundsatz

Die Grundsicherung für Arbeitsuchende ist nachrangig ausgestaltet. Vorhandenes Einkommen ist grundsätzlich anzurechnen (§ 11 SGB II) und nur der nach Anrechnung verbleibende ungedeckte existentielle Bedarf über die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu decken. Das Bundesrecht kann durch Landesrecht nicht geändert werden. Daher kann nicht im Landesrecht durch schlichten Gesetzesbefehl die Nichtanrechnung von Landesleistungen auf das SGB II angeordnet werden. Hierzu fehlt die Gesetzgebungskompetenz, außerdem gilt der Grundsatz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ (Art. 31 GG). Das FamG stützt sich jedoch auf zwei ausdrückliche bundesgesetzliche Ausnahmvorschriften, die unabhängig voneinander gelten und jede für sich allein zur Nichtanrechnung führen:

2.2 Nichtanrechnung aufgrund § 27 BEEG i.V.m. § 8 BErzGG

Eine ausdrückliche bundesgesetzliche Ausnahme vom Nachranggrundsatz besteht für Länderleistungen im Rahmen von § 27 BEEG. Danach sind § 8 Abs. 1 und § 9 des Bundeserziehungsgeldgesetzes in der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung für die dem Erziehungsgeld vergleichbaren Leistungen der Länder weiter anzuwenden. Gem. § 8 Abs. 1 BErzGG bleiben das Erziehungsgeld und vergleichbare Leistungen der Länder (...) als Einkommen bei Sozialleistungen und bei Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, deren Zahlung von anderen Einkommen abhängig ist, unberücksichtigt. Ausweislich der Begründung zum Bundeserziehungsgeldgesetz (BT Drs. 10/3792) fördert das Bundeserziehungsgeld „die Betreuung und Erziehung eines Kindes in der ersten Lebensphase“. „Das Erziehungsgeld stellt insbesondere eine wichtige Hilfe für die junge Familie dar. Mit ihm wird die Erziehungsleistung der Familie anerkannt.“

Spezifisch zu § 8 (Nichtanrechnung) wird ausgeführt: „Das Erziehungsgeld wird also zusätzlich gewährt. Nur so kann es auch bei Einkommensschwachen seiner Zielsetzung, dass die Betreuung und Erziehung durch die Eltern anerkannt und mehr als bisher gefördert werden soll, gerecht werden (...)“.

Das FamG verfolgt gem. Art. 1 S. 1 BayFamGG vergleichbare Ziele wie das frühere Bundeserziehungsgeld (insbes. die Anerkennung der Erziehungsleistung), auch wenn sich einzelne Eckpunkte (z.B. Umfang der Erwerbstätigkeit, Einkommensabhängigkeit) nicht gleichermaßen wiederfinden. Das entspricht aber den heutigen Erkenntnissen der Familienpolitik, insbesondere auch die Wahlfreiheit bei Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung zu eröffnen. Der Gesetzestext und die Begründung zu Art. 1 BayFamGG stellen daher das FamG als Weiterentwicklung des Landeserziehungsgelds und die Geltung des § 27 BEEG insoweit klar dar.

2.3 Nichtanrechnung aufgrund § 11a Abs. 3 SGB II

Eine weitere ausdrückliche bundesgesetzliche Ausnahme vom Nachranggrundsatz besteht für Leistungen auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften, wenn diese Leistungen ausdrücklich einem anderen Zweck als die Grundsicherung dienen, also nicht zweckidentisch sind (§ 11a Abs. 3 SGB II). Eine Anrechnung kommt dann allenfalls bei punktuell zweckidentischen „Nebenleistungen“ des SGB II in Betracht.

Dementsprechend kann – in Übereinstimmung mit höchstrichterlicher Rechtsprechung – eine entsprechende Zweckbestimmung aber auch nur angenommen werden, wenn mit der Leistungserbringung eine bestimmte Verwendungserwartung verbunden ist. Die bloße Absicht, mit der Leistungsgewährung Anreize zu setzen oder ein bestimmtes Verhalten anzuerkennen, reicht nicht aus (BSG, Urteil vom 23. März 2010 – B 8 SO 17/09 R; BSG, Urteil vom 16. Juni 2015 – B 4 AS 37/14 R; BSG, Urteil vom 24. August 2017 – B 4 AS 9/16 R; BSG, Urteil vom 26. Juli 2016 – B 4 AS 54/15 R; BSG, Urteil vom 30. September 2008 - B 4 AS 57/07 R).

In Art. 1 S. 2 bis 4 BayFamGG und damit im Gesetzestext selbst wird eine konkrete Verwendungserwartung benannt („frühe Erziehung und Bildung der Kinder einschließlich gesundheitsförderlicher Maßnahmen“). In der Gesetzesbegründung wird dies weiter konkretisiert („Ob externe oder familieninterne Betreuung, Finanzierung von Elternbeiträgen für eine Tageseinrichtung oder Kindertagespflege, zur Unterstützung einer Elterninitiative, ob Betreuung bei Vater oder Mutter, durch Großeltern oder andere Perso-

nen, ob Ganztagsangebot oder stundenweise Inanspruchnahme“, „*Stärkung der Sprachentwicklung in den ersten Lebensjahren, aber auch Musik*“, „*Stärkung der körperbezogenen Kompetenzen*“, „*Elternkurse zur Stärkung der Bindungs- und Erziehungsfähigkeit der Eltern sowie für Kinderkurse zur Bildung der Kinder*“).

Mit den Regelbedarfen des SGB II wird der notwendige, das sog. sozio-kulturelle Existenzminimum absichernde Bedarf für beispielsweise Ernährung, Kleidung, Gesundheitspflege oder auch Freizeit, Unterhaltung und Kultur abgegolten.

Die im Gesetzestext des BayFamGG und der Gesetzesbegründung dargelegten Bedarfe sprechen zumindest zum Teil thematisch auch diese Bedarfe an, überschneiden sich insoweit, gehen aber ausdrücklich und gezielt über das Existenzminimum hinaus. Mit dem FamG sollen zudem gerade auch Bedarfe abgedeckt werden, die nicht im Regelbedarf enthalten sind (z.B. Kinderbetreuungskosten). Die Formulierung stellt daher klar, dass die dargelegten Bedarfe nicht zweckidentisch mit dem SGB II sind und die Voraussetzungen des § 11a Abs. 3 SGB II erfüllt sind.

3. Nicht-Anrechnung der übergangsweise gewährten Leistungen des BayLerzGG allein oder i.V.m. dem BayBtGG im SGB II

Auch übergangsweise gewährte Leistungen des BayLerzGG allein oder i.V.m. dem BayBtGG sind nicht auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende anzurechnen.

Für Leistungen des BayLerzG ergibt sich dies unmittelbar aus § 27 BEEG i.V.m. § 8 BErzGG (so auch die Fachlichen Hinweise der Bundesagentur für Arbeit, Rz. 11.62).

Für das BayBtG ergibt sich dies aus der Übergangsregelung nach Art. 9a BayFamGG. Denn nach Sinn und Zweck der Übergangsregelung gilt die Zweckbestimmung des Familiengeldes auch für übergangsweise gewährte Leistungen nach dem BayBtGG: In dem Umfang, in dem ohne die Übergangsvorschrift FamG zu gewähren wäre, ergibt sich die Nichtanrechnung aus der Nichtanrechenbarkeit des FamG. Denn obwohl gesetzestechnisch Leistungen des BayLerzGG bzw. des BayBtGG gewährt werden, erfolgen diese zugleich in Anwendung der Übergangsvorschrift des Art. 9a BayFamGG und treten funktional an die Stelle des FamG. Damit unterfallen sie auch der ausdrücklichen Zweckbestimmung des BayFamGG. Der Landesgesetzgeber wollte den in die Übergangsvorschrift fallenden Familien mindestens dieselben Möglichkeiten bieten wie den Beziehern des FamG. Die gewollte Besserstellung kann nicht über den Verlust des

Nichtanrechnungs-Vorteils zu einer Schlechterstellung führen. Das steht mit der Zwecksetzung des BayFamGG nicht im Einklang.

Ungeachtet dessen war bereits vor Einführung des BayFamGG strittig, ob nicht wegen § 10 BEEG von einer Anrechnung abzusehen ist (so SG Bayreuth, Urt. v. 28.11.2017 – S 4 AS 363/17; anderer Auffassung allerdings SG München, Urt. v. 04.05.2018 – S 46 EG 25/17 BG sowie Regionaldirektion Bayern der Bundesagentur für Arbeit; das StMAS hat bereits mitgeteilt, dass wir grundsätzlich nicht beanstanden, wenn der abweichenden Auffassung gefolgt wird).

4. Ergänzende Hinweise

Mit Schreiben vom 10. August 2018 hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) der Bundesagentur für Arbeit mitgeteilt, dass nach seiner Ansicht das FamG im Rahmen des SGB II als Einkommen zu berücksichtigen sei. Die Regionaldirektion Bayern wird die gemeinsamen Einrichtungen auffordern, entsprechend zu verfahren.

Wir halten die Auffassung des BMAS aus den oben im Einzelnen dargelegten Gründen für falsch und haben das ZBFS angewiesen, Rechtswahrungsanzeigen der Jobcenter unbeachtet zu lassen und das Familiengeld an die Familien auszubezahlen.

Wir bitten die Optionskommunen, entsprechend unserer dargelegten Auffassung zu verfahren.

...

Aus denselben rechtlichen Erwägungen hat das Bayerische Staatsministerium für Familie, Arbeit und Soziales das Zentrum Bayern Familie und Soziales mit Schreiben vom 13.8.2018 zum Umgang mit Rechtswahrungsanzeigen der Jobcenter bei der Verbescheidung nach dem Bayerischen Familiengeldgesetz

aufgefordert, wie folgt zu verfahren:

Familiengeld wird auch dann an die Antragsteller ausgezahlt, wenn Rechtswahrungsanzeigen der Jobcenter gestellt werden. Der Anspruch des Bürgers auf Familiengeld geht nur dann mit einer Rechtswahrungsanzeige des Jobcenters nach Gesetz über, wenn materiell eine Anrechnung zu erfolgen hätte. Dies ist nach Auffassung der Staatsregierung nicht der Fall.

Gleiches gilt für Rechtswahrungsanzeigen zum Betreuungsgeld nach Art. 9a BayFamGG in der Übergangsphase ...

4. Position des GKV-Spitzenverbands

Der GKV-Spitzenverband hat gegenüber dem StMAS mit Schreiben vom 26.7.2018 folgende versicherungs- und beitragsrechtliche Behandlung des Bayerischen Familiengeldes vertreten:

wir beziehen uns auf Ihr o. g. Schreiben, mit dem Sie die versicherungs- und beitragsrechtliche Behandlung des Bayerischen Familiengeldes in der gesetzlichen Krankenversicherung erfragen.

Die von Ihnen dargestellten Bewertungen teilen wir im Ergebnis. Auch nach unserer Auffassung ist das Familiengeld weder dem Gesamteinkommen nach § 16 SGB IV noch den beitragspflichtigen Einnahmen im Sinne des § 240 SGB V zuzurechnen. Des Weiteren erstreckt sich die Beitragsfreiheit nach § 224 Abs. 1 SGB V auch auf das Familiengeld. Unter Zurückstellung unserer Bedenken hinsichtlich der Vergleichbarkeit des Familiengeldes mit dem Elterngeld räumen wir dem Bezug des Familiengeldes ferner eine mitgliedschaftserhaltende Wirkung nach § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V ein. Entsprechendes gilt im Übrigen jeweils für die Pflegeversicherung.

Wir hoffen, Ihnen mit unseren Informationen weitergeholfen zu haben.

Die gesetzlichen Krankenkassen werden wir in Kürze in einem Rundschreiben über die versicherungs- und beitragsrechtliche Behandlung des Familiengeldes unterrichten; unser Rundschreiben werden Ihnen zur Kenntnis zukommen lassen.

Mit freundlichen Grüßen

...

Von Relevanz ist hier namentlich die Qualifikation gemäß § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V, der eine Erhaltung der Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger vorsieht, „solange Anspruch auf Krankengeld oder Mutterschaftsgeld besteht oder eine dieser Leistungen oder nach gesetzlichen Vorschriften Erziehungsgeld oder Elterngeld bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen oder Pflegeunterstützungsgeld bezogen wird“.

Konkretisierend führt der GKV-Spitzenverband hierzu im erwähnten Rundschreiben RS 2018/411 vom 31.07.2018 zur versicherungs- und beitragsrechtlichen Behandlung des Bayerischen Familiengeldes in der Kranken- und Pflegeversicherung aus:

Die Frage, ob der Bezug von Familiengeld zu einem Fortbestand der Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger führt, lässt sich nicht klar und eindeutig beantworten. Dies liegt zum einen daran, dass die auf landesrechtlicher Grundlage etablierte Leistung in

der gesetzlichen Vorschrift des § 192 SGB V nicht genannt wird, und zum anderen daran, dass nicht jede (denkbare) Familienleistung zum Erhalt der Mitgliedschaft führt. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollen jedoch auch die im Anschluss an das im Gesetz genannte Erziehungsgeld des Bundes (seit 2007 abgelöst durch das Elterngeld) gezahlten vergleichbaren Leistungen der Länder die Mitgliedschaft in der Krankenversicherung erhalten (vgl. Gesetzesbegründung zu § 192 Abs. 1 SGB V in Bundestags-Drucksache 11/3480).

Was die heutige Vergleichbarkeit der Leistung mit dem in § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V genannten Elterngeld angeht, so könnte mit Blick darauf, dass das Elterngeld vorrangig ein zeitweiliges Ausscheiden aus dem Beruf ermöglichen soll, ohne allzu große finanzielle Einschränkungen bezüglich des Lebensstandards hinnehmen zu müssen (vgl. Gesetzesbegründung im Gesetzesentwurf zur Einführung des Elterngeldes in Bundestags-Drucksache 16/1889) fraglich sein, ob dem Zweck nach eine Vergleichbarkeit gegeben ist. Hinzu kommt, dass sich das Elterngeld – anders als das frühere Erziehungsgeld – an der Höhe des letzten Erwerbseinkommens bemisst und insoweit im Unterschied zum Familiengeld als Entgeltersatzleistung ausgestaltet ist.

Andererseits ist das Familiengeld mit dem früheren Erziehungsgeld und auch dem Landeserziehungsgeld in Bayern, das jeweils zum Fortbestand der Mitgliedschaft geführt hat, weitgehend vergleichbar. Schließlich handelt es sich bei dem Bayerischen Familiengeld um eine Fortentwicklung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes. Hinsichtlich der mitgliedschaftserhaltenden Wirkung sollen daher die gleichen rechtlichen Folgen wie bei dem bisherigen Landeserziehungsgeld eingeräumt werden. Dementsprechend halten wir es unter Zurückstellung unserer rechtlichen Bedenken hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Leistung mit dem Elterngeld für vertretbar, dass die versicherungspflichtige Mitgliedschaft für die Dauer des Leistungsbezugs in entsprechender Anwendung des § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V erhalten bleibt.

IV. Anrechnung des Familiengeldes auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gemäß SGB II

Die Berechtigung, Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gemäß dem SGB II zu erhalten, hängt u.a. von der Hilfsbedürftigkeit des Anspruchstellers ab (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II). Dabei ist hilfsbedürftig, „wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält“ (§ 9 Abs. 1 SGB II; zu Bedarfsgemeinschaften § 9 Abs. 2 SGB II). Hierin kommt der das Grundsicherungsrecht prägende Nachranggrundsatz zum Ausdruck, „der insbesondere in §§ 2, 3 Abs. 3, § 9 Abs. 1 und § 12a SGB II – und in §§ 2 und 19 Abs. 1 bis 3 und 5 SGB XII – normative Gestalt gewonnen hat.“⁶

Das zu berücksichtigende Einkommen definiert § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II als alle „Einnahmen in Geld abzüglich der nach § 11b abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a genannten Einnahmen.“ Das Familiengeld stellt eine Einnahme in Geld i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II dar, worunter auch Sozialleistungen fallen (arg. § 11a Abs. 3 SGB II). Die Anrechnung des Familiengeldes auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gemäß SGB II hängt folglich davon ab, ob Ausnahmetatbestände greifen.

Das Gutachten erörtert zunächst die beiden in Streit stehenden Ausnahmetatbestände und legt insoweit dar, dass sowohl die Voraussetzungen der vorrangigen Ausnahme für dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder gemäß § 8 Abs. 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG (1.) als auch für zweckgebundene Leistung i.S.d. § 11a Abs. 3 SGB II (2.) erfüllt sind. Über die Erörterung der strittigen Tatbestände hinaus sei überdies festgehalten, dass die Anrechnungsvorschrift des § 10 Abs. 1, 5 BEEG nicht einschlägig ist (3.) und dass Art. 1 Satz 4 BayFamGG Relevanz für die Frage der Anrechnungsfreiheit zukommt (4.).

⁶ BSG, Urt. v. 1.12.2016, B 14 AS 28/15 R, juris, Rn. 28.

1. Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes als dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG

Eine Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes könnte zunächst als eine dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder gemäß § 8 Abs. 1 Satz BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG bestehen. § 27 Abs. 2 BEEG bestimmt:

Für die dem Erziehungsgeld vergleichbaren Leistungen der Länder sind § 8 Absatz 1 und § 9 des Bundeserziehungsgeldgesetzes in der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung weiter anzuwenden.

Der in Bezug genommene § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG lautet:

Das Erziehungsgeld und vergleichbare Leistungen der Länder sowie das Mutterschaftsgeld nach § 7 Abs. 1 Satz 1 und vergleichbare Leistungen nach § 7 Abs. 1 Satz 2, soweit sie auf das Erziehungsgeld angerechnet worden sind, bleiben als Einkommen bei Sozialleistungen und bei Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, deren Zahlung von anderen Einkommen abhängig ist, unberücksichtigt.

Entscheidend ist folglich, ob das Familiengeld eine dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung darstellt.

Der ausdrücklich auf „dem Erziehungsgeld vergleichbar[e] Leistungen der Länder“ bezogene § 27 Abs. 2 BEEG stellt – in Einklang mit der Gesetzesbegründung⁷ – eine Spezialregelung gegenüber § 10 BEEG dar, so dass die beschränkte Anrechnung gemäß § 10 Abs. 5 Satz 2 BEEG für solche Leistungen nicht greift (siehe auch noch unten, IV.3.).⁸

Auf der Basis einer Entfaltung allgemeiner Grundsätze zur Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG (a) und einer Bestimmung der Charakteristika des Erziehungsgeldes (b) sei im Folgenden dargelegt, dass das Familiengeld eine dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG darstellt (c). Eine Betrachtung der spezifischen Situation von ALG-II-Beziehern erhärtet dies (d).

⁷ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, BT-Drs. 16/1889, S. 28 (zu § 27 Abs. 3 BEEG a.F. = Abs. 2 n.F.): „Absatz 3 stellt sicher, dass die bisher für die von einigen Ländern im Anschluss an das Bundeserziehungsgeld gezahlten vergleichbaren Leistungen geltenden Anrechnungsvorschriften weiterhin gelten.“

⁸ *D. Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 318 (Stand: EL 6/17 Juli 2017); *S. Jaritz*, in: Roos/Biersborn, § 10 BEEG, Rn. 11 ff. (unter Betonung der Vergleichbarkeit des Mindestelterngeldes sowie des Betreuungsgeldes mit dem Erziehungsgeld, Rn. 12); *M. Lenz*, in: Rancke, § 10 BEEG, Rn. 2. Siehe im Ergebnis auch *H. Buchner/U. Becker*, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2008, § 10 BEEG, Rn. 8, sowie § 11 BEEG, Rn. 4 (ebenfalls unter Betonung der Vergleichbarkeit des Mindestelterngeldes mit dem Erziehungsgeld); *B. Graue/A. Mandalka*, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 6. Aufl. 2018, § 10, Rn. 1, 5, 8; § 27, Rn. 4. A.A. *K. von Koppensfels-Spiels*, Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, § 10 BEEG, Rn. 2.

a) Allgemeine Grundsätze zur Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG

Nachdem § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG auf die Vergleichbarkeit der Leistungen, nicht aber auf deren Identität abhebt, genügen hinreichende Gemeinsamkeiten der betrachteten Leistung mit dem Erziehungsgeld, mithin eine Übereinstimmung wesentlicher, nicht aber aller Eigenschaften der beiden Leistungen.⁹ Dies verlangt eine wertende Betrachtung, muss doch die Relevanz der Gemeinsamkeiten und Unterschiede für die Vergleichsfrage (Anrechnungsfreiheit) beurteilt werden.¹⁰ Mit dieser Bezugnahme auf einen Vergleichbarkeitsmaßstab und nicht auf bestimmte Leistungen der Länder (wie für Bundesleistungen etwa in § 11a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 2. HS SGB II) wohnt §§ 27 Abs. 2 BEEG, 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG eine gewisse Offenheit inne.¹¹

b) Charakteristika des Erziehungsgeldes

Die Charakteristika des Erziehungsgeldes sind aus der Zwecksetzung und der gesetzlichen Ausgestaltung dieser Sozialleistung (namentlich Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsinhalt) zu bestimmen.¹² Anders als das BayFamGG enthält das BErzGG keine ausdrückliche Zweckbestimmung im Normtext, wohl aber in den Gesetzesmaterialien.

Das Bundeserziehungsgeld stellt eine Müttern und Vätern in den ersten Lebensmonaten¹³ des Kindes gewährte Sozialleistung dar. Sie bezweckt zunächst, die zumindest partielle frühkindliche Eigenbetreuung zu fördern. Dies kommt in den Anspruchsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BErzGG zum Ausdruck, nach denen diejenige bzw. derjenige Anspruch auf Erziehungsgeld hat, die/der mit einem Kind, für das ihm die Personensorge zusteht, in einem Haushalt lebt (Nr. 2), dieses Kind selbst betreut und erzieht (Nr. 3) und keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt (Nr. 4); die konkrete Ausgestaltung und Entwicklung des BErzGG relativieren dieses Erfordernis der Eigenbetreuung freilich (aa). Diesem Förderanliegen wird auf zweifache Weise Rechnung getragen (bb): Um einerseits einen Anreiz zu setzen, dieses Ziel zu erreichen, soll die im Erziehungsgeld liegende finanzielle Unterstützung Müttern und Vätern ermöglichen, keine respektive keine volle Erwerbstätigkeit ausüben zu müssen und sich der Erziehung der Kinder zu widmen; damit kommt dem Erziehungsgeld eine (wenn auch nur bedingte) Einkommensersatzfunktion zu. Andererseits stehen neben dieser und nicht minder bedeutend weitere (und auch alternativ verfolgte) Zwecke, nämlich Familien mit kleinen Kindern allgemein zu

⁹ Siehe m.w.N. *F. Wollenschläger*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 3, Rn. 44.

¹⁰ Siehe m.w.N. *F. Wollenschläger*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 3, Rn. 44.

¹¹ Vgl. zum Spektrum der erfassten Leistungen *B. Wiegand*, BErzGG, 9. Aufl. 2002, § 8 BErzGG, Rn. 4 ff.

¹² Vgl. im Kontext des § 10 BEEG auch *S. Jaritz*, in: Roos/Bieresborn, § 10 BEEG, Rn. 10.

¹³ Der Gesetzgeber hat den maximalen Bezugszeitraum kontinuierlich von zehn Monaten auf zwei Jahre ausgedehnt.

unterstützen und die Erziehungsleistung der Eltern anzuerkennen: „Die Erziehungskraft der Familie wird gestärkt, ihre Erziehungsleistung wird von der Gemeinschaft anerkannt.“¹⁴

Die zuletzt geltende Fassung des Bundeserziehungsgeldgesetzes normierte überdies Einkommensgrenzen, wobei ein derartiges Bedürftigkeitselement lange Zeit nicht galt und auch hinsichtlich des Maßstabs unterschiedlich ausgestaltet war (cc). Überdies bezweckte der Gesetzgeber, eine Unterstützung neben existenzsichernden Sozialleistungen bereitzustellen (dd).

Die im Folgenden unternommene Entfaltung der Charakteristika des Erziehungsgeldes erhellt im Übrigen dessen dynamische Entwicklung.¹⁵

aa) Förderung der Eigenbetreuung des Kindes und Vereinbarkeit von Beruf und Familie

Das Erziehungsgeld soll ausweislich der Gesetzesbegründung einen Anreiz zur Eigenbetreuung des Kindes in dessen erster Lebenszeit setzen:

Das Erziehungsgeld fördert die Betreuung und Erziehung eines Kindes in der ersten Lebensphase. Seit Jahren ist anerkannt, wie sehr die ganze spätere Entwicklung eines Kindes von der ersten Lebensphase abhängt und wie wichtig es ist, daß die Mutter oder der Vater in dieser Zeit für das Kind da sein können.

Erziehungsgeld ermöglicht oder erleichtert es, daß im Anschluß an die Mutterschutzfrist von acht bzw. zwölf Wochen die Mutter oder der Vater ganz oder teilweise – Teilzeitarbeit bis unter 20 Stunden pro Woche ist möglich – auf eine Erwerbstätigkeit verzichten können. Dadurch kann die Mutter weiterhin vorrangig zu Hause bleiben, um sich neben der Betreuung des Kindes gesundheitlich zu regenerieren; gleichzeitig wird durch die Möglichkeit der Erziehungsleistung für den Vater die Wahlfreiheit der Eltern, wer das Kind betreuen soll, vom Gesetz anerkannt und gefördert.¹⁶

Dementsprechend verlangt § 1 Abs. 1 Satz 1 BErzGG, dass der Antragsteller mit einem Kind, für das ihm die Personensorge zusteht, in einem Haushalt lebt (Nr. 2), das Kind selbst betreut und erzieht (Nr. 3) und keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt (Nr. 4).

¹⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 1.

¹⁵ Im Überblick zur Entwicklung *U. Hambüchen*, in: ders., BErzGG, Einführung (Stand: bis 46. EL Februar 2006).

¹⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 13.

Bei näherer Betrachtung relativiert sich das Erfordernis der Eigenbetreuung indes erheblich. Schon die Gesetzesbegründung verneint eine eigenständige Bedeutung des Erfordernisses, das Kind selbst zu betreuen und zu erziehen, und sieht diese Anspruchsvoraussetzung vielmehr bei Wahrung der Grenze für eine umfangsmäßig zulässige Erwerbstätigkeit als erfüllt an:

Weitere Voraussetzung ist nach Absatz 1 Nr. 3, daß das Kind von dem Antragsteller selbst betreut und erzogen wird. Deshalb wird Erziehungsgeld nur gewährt, wenn der Antragsteller in dem betreffenden Zeitraum nicht oder nicht voll erwerbstätig ist (Nummer 4), wenn er also der Pflege und Betreuung des Kindes Vorrang vor der Erwerbstätigkeit einräumt.¹⁷

Hinzu kommt, dass jene Grenze für den zulässigen Höchstumfang einer Erwerbstätigkeit bereits in der Ursprungsfassung des BErzGG mit 20 Wochenstunden relativ hoch angesetzt war, so dass – mit Blick auf die Anspruchsvoraussetzungen und entgegen der Gesetzesbegründung – lediglich ein Anreiz zu einer partiellen Eigenbetreuung gesetzt wurde, deren Umfang sich weiter reduziert, wenn man zur zulässigen Höchstarbeitszeit noch Wege von und zur Arbeit sowie zu einer eventuellen externen Kinderbetreuung mit einrechnet. Überdies war die Ermöglichung einer nicht unerheblichen Teilerwerbstätigkeit von Anfang an im BErzGG angelegt. Die Gesetzesbegründung führt insoweit aus:

Das Gesetz bezweckt, die Entwicklung des Kindes im bestmöglichen Umfang zu fördern. Das erfordert nicht immer, daß der betreffende Elternteil den Kontakt zur Arbeits- und Berufswelt völlig aufgibt. Eine Teilzeitarbeit von geringerer Dauer, die die vorrangige Pflege und Erziehung nicht beeinträchtigt, kann zur Ausgeglichenheit des Elternteils beitragen und damit auch dem Wohl des Kindes dienen. Die Ausübung einer solchen Erwerbstätigkeit erleichtert überdies die spätere Rückkehr in das Arbeits- und Berufsleben und kann damit den Entschluß fördern, sich in den für die Entwicklung des Kindes besonders wichtigen Jahren mit Vorrang dessen Pflege und Erziehung zu widmen.

Nummer 1 bestimmt deshalb, daß eine nicht volle Erwerbstätigkeit, die den Anspruch auf Erziehungsgeld nicht ausschließt, dann vorliegt, wenn die wöchentliche Arbeitszeit die Grenze für eine kurzzeitige Beschäftigung im Sinne des § 102 des Arbeitsförderungsgesetzes nicht überschreitet, d. h. wenn die Arbeitszeit 20 Stunden in der Woche nicht erreicht. Damit wird gewährleistet, daß sich der betreffende Elternteil trotz Erwerbstätigkeit im Regelfall mit Vorrang der Pflege und Erziehung widmen kann.¹⁸

¹⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 14. Siehe auch *H. Buchner/U. Becker*, Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2003, § 1 BErzGG, Rn. 70, 73; *B. Wiegand*, BErzGG, 9. Aufl. 2002, § 1 BErzGG, Rn. 30; *J. Zmarzlik/M. Zipperer/H. P. Viethen*, Mutterschutzgesetz, 6. Aufl. 1991, § 1 BErzGG, Rn. 39.

¹⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 14.

Mit dem am 1.1.2001 in Kraft getretenen Dritten Gesetz zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes vom 12.10.2000¹⁹ hat der Gesetzgeber das Erfordernis der Eigenbetreuung weiter und erheblich relativiert. Denn er hat das Ausmaß der unschädlichen (Teil-)Erwerbstätigkeit substantiell, nämlich um über 50% erhöht. Gemäß § 2 Satz 1 BErzGG „übt [der Antragsteller] keine volle Erwerbstätigkeit aus, wenn die wöchentliche Arbeitszeit 30 Wochenstunden nicht übersteigt oder eine Beschäftigung zur Berufsbildung ausgeübt wird.“ Die Gesetzesbegründung erläutert die Erhöhung der Grenze, die (nach einer Absenkung im Vergleich zur Ursprungsfassung um eine Stunde) zuvor bei 19 Wochenstunden lag, wie folgt:

§ 2 wird aus mehreren unterschiedlichen Gründen neu gefasst.

Absatz 1 regelt die zulässige wöchentliche Arbeitszeit einer Tätigkeit neben dem gleichzeitigen Bezug von Erziehungsgeld. Die bisherige, zu enge, 19-Stunden-Grenze erhöht sich auf 30 Stunden in der Woche. Dadurch erleichtert sich die praktische Anwendung des Gesetzes für Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Eltern im Erziehungsurlaub wünschen sich eine Beschäftigung von 20 bis 30 Wochenstunden (Bundestagsdrucksache 13/6577 S. 11). Die Vorteile liegen auf der Hand: Verbesserung des Familieneinkommens, der Absicherung in der Sozialversicherung, der Chance zur beruflichen Qualifikation und der Einbeziehung der Väter in den Erziehungsurlaub. Den genannten Vorteilen steht andererseits nicht das Risiko der gefährdeten Betreuung des Kindes gegenüber, weil die individuellen Betreuungsmöglichkeiten regelmäßig einen gewissen Spielraum zulassen.²⁰

Als Argument für eine nicht zu befürchtende Gefährdung der Kindesbetreuung führt die Gesetzesbegründung weiter aus, dass die „Eltern gemeinsam Erziehungsurlaub nehmen können.“²¹

Es liegt auf der Hand, dass bei einer Erwerbstätigkeit i.H.v. 30 Wochenstunden – zuzüglich Wegzeiten zum und vom Arbeitsplatz und zu und von Betreuungseinrichtungen sowie der nicht auszuschließenden faktisch höheren Arbeitsbelastung – von der in der ursprünglichen Gesetzesbegründung herausgestrichenen *vorrangigen Eigenbetreuung*, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4, § 2 BErzGG sichern sollen, keine Rede mehr sein kann. Auch in

¹⁹ BGBl. I S. 1426, ber. S. 1585.

²⁰ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, BT-Drs. 14/3118, S. 15.

²¹ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, BT-Drs. 14/3118, S. 11.

der Literatur ist daher treffend von der „Möglichkeit, neben der Elternzeit nahezu eine Vollzeitbeschäftigung ausüben zu können“, die Rede,²² sowie davon, dass das Eigenbetreuungsmoment in den Hintergrund getreten ist²³.

Auch in Nr. 1.1.3 der Richtlinien zur Durchführung des Bundeserziehungsgeldes aus dem Jahre 2005 ist zur Anspruchsvoraussetzung „Betreuung und Erziehung des Kindes“ ausgeführt: „Wenn ein gemeinsamer Haushalt besteht, ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin oder der Antragsteller das Kind betreut und erzieht. Selbst betreuen heißt nicht allein betreuen. Auch andere Personen oder Institutionen können in die Betreuung und Erziehung des Kindes einbezogen sein.“²⁴

Ebenfalls relativiert das Erfordernis der Eigenbetreuung die Zulässigkeit einer Berufsausbildung²⁵ sowie eines parallelen Hochschulstudiums (sogar zusätzlich zu einer Erwerbstätigkeit in den Grenzen des § 2 BerzGG)²⁶. Insoweit hat das Bundessozialgericht betont, dass aus

§ 1 Abs. 1 Nr. 3 BerzGG nicht allgemein hergeleitet werden [kann], daß der Anspruch auf Erzg außerdem bei Kumulation einer Erwerbstätigkeit von 19 Stunden oder weniger mit einem Hochschulstudium entfällt, weil dann keine ausreichende Zeit für die persönliche Betreuung des Kindes zur Verfügung steht. Dies gilt jedenfalls solange nicht, wie die zeitliche Inanspruchnahme durch Erwerbstätigkeit und Studium nicht deutlich und regelmäßig über 48 Stunden wöchentlich liegt.“²⁷

Dies gilt auch für die Privilegierung einer Tätigkeit als Tagespflegeperson: „Keine volle Erwerbstätigkeit liegt auch vor, wenn die berechtigte Person als im Sinne des § 23 des Achten

²² A. Lindemann/O. Simon, NJW 2001, S. 258 (260).

²³ H. Buchner/U. Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2003, § 2 BerzGG, Rn. 2. Kritisch insoweit I. Böttcher, Bundeserziehungsgeldgesetz. Basiskommentar, 2001, § 2, Rn. 5; J. Huber, NZA 2000, S. 1319 (1320).

²⁴ Richtlinien zur Durchführung des Bundeserziehungsgeldgesetzes (BerzGG) für Geburten ab 1. Januar 2004 (Erstantrag) und Geburten ab dem 1. Mai 2003 (Zweit Antrag), Teil I (nationaler Teil) und ergänzende Ausführungen des ZBFS, Stand: 28.11.2005, S. 13.

²⁵ Zum Hintergrund Unterrichtung durch die Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes und anderer Vorschriften – Drucksache 11/4687 – hier: Stellungnahme des Bundesrates vom 2. Juni 1989 und Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 11/4708, S. 3: „Die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten dürfen nicht in einen Konflikt geraten zwischen dem Anspruch auf Erziehungsgeld und der Aufnahme und dem Abschluß der Berufsausbildung, die gerade auch im Interesse des Kindes liegt. Die zeitliche Gebundenheit der Auszubildenden sowie der Schüler und Studenten ist prinzipiell gleichzusetzen. Ihre rechtliche Gleichstellung ist daher geboten.“ Siehe auch Bericht des Ausschusses für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit (13. Ausschuß) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Drucksache 11/4509 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes und anderer Vorschriften und zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 11/4687 – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes und anderer Vorschriften, BT-Drs. 11/4776, S. 2 f.; BSG, Urt. v. 13.5.1998, B 14 EG 2/97 R, juris, Rn. 13. Die besondere Rechtfertigung der Durchbrechung des Grundsatzes der Selbstbetreuung betonend BSG, Urt. v. 3.11.1993, 14b REg 4/93, juris, Rn. 18.

²⁶ Dazu BSG, Urt. v. 13.5.1998, B 14 EG 2/97 R, juris, Rn. 8 ff.

²⁷ BSG, Urt. v. 13.5.1998, B 14 EG 2/97 R, juris, Rn. 13; ferner Rn. 15.

Buches Sozialgesetzbuch geeignete Tagespflegeperson nicht mehr als fünf Kinder betreut“ (§ 2 Satz 2 BErzGG).

Dass das Erziehungsgeld auch einen Anreiz zur raschen Wiederaufnahme einer (vollen) Berufstätigkeit setzen sollte, erhellt die mit dem am 1.1.2001 in Kraft getretenen Dritten Gesetz zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes vom 12.10.2000²⁸ eingeführte und bis zu seinem Außerkrafttreten geltende Budgetierung (§ 5 Abs. 1 BErzGG). Demnach wird bei einer Beantragung des Erziehungsgeldes für lediglich 12 statt 24 Monate ein erhöhter Betrag ausbezahlt (seinerzeit 900 statt 600 DM). Die Gesetzesbegründung führt aus:

Absatz 1 regelt eine neue mögliche Budgetierung des Erziehungsgeldes (s. dazu Bundestagsdrucksache 13/6577 S. 6). Die Eltern können sich unter Berücksichtigung ihrer familiären und beruflichen Bedingungen für eine zeitlich verkürzte Inanspruchnahme des Erziehungsgeldes entscheiden, in der sie dafür ein monatliches Erziehungsgeld von 900 DM statt 600 DM erhalten. Das betrifft vor allem Eltern mit verkürztem Erziehungsurlaub, das Budget-Angebot gilt auch für (berufs- und nicht berufstätige) Eltern ohne Erziehungsurlaub. Das mögliche Budget-Verfahren ist eine unter mehreren Maßnahmen für eine pragmatische Vereinbarkeit von Familie und Beruf.²⁹

Leistungsverbesserungen beim Erziehungsgeld sieht der Gesetzgeber auch als Mittel dazu, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern: „Eine verbesserte Vereinbarkeit von Familie und Beruf für qualifizierte und motivierte junge Fachkräfte ist nach gesicherten Erkenntnissen von großem gesellschaftlichen Nutzen.“³⁰

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 7.2.2012 zum Gebot der Erstreckung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes auf Ausländer³¹ die Frage, ob Art. 6 Abs. 1 und 2 GG eine Erstreckung dieser Leistung auf Vollerwerbstätige gebietet, angesprochen und offen gelassen hat, obgleich diese nicht entscheidungserheblich war:

Ob das durch Art. 6 Abs. 1 und 2 GG gewährleistete Recht der Eltern, ihr familiäres Leben nach ihren Vorstellungen zu planen und zu verwirklichen und insbesondere in ihrer Erziehungsverantwortung zu entscheiden, ob und in welchem Entwicklungsstadium das Kind überwiegend von einem Elternteil allein, von beiden Eltern in wechselseitiger Ergänzung oder von einem Dritten betreut werden soll (vgl. BVerfGE 99,

²⁸ BGBl. I S. 1426, ber. S. 1585.

²⁹ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, BT-Drs. 14/3118, S. 16; daneben Ziel „einer stärkeren Beteiligung der Väter am Erziehungsurlaub“ (ebd., S. 11).

³⁰ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, BT-Drs. 14/3118, S. 12.

³¹ Zu diesem aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Gebot BVerfGE 130, 240 (252 ff.); *F. Wollenschläger*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 3, Rn. 123, 159 f.

216 [231]), dadurch beeinträchtigt ist, dass eine finanzielle Förderung nur für den Fall der eigenen Betreuung durch ein Elternteil, nicht aber für andere von den Eltern gewählte Formen der Kinderbetreuung vorgesehen ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Dass Anspruch auf Landeserziehungsgeld nur hat, wer sein Kind selbst betreut und erzieht, ist in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BayLerzGG geregelt und folgt nicht aus dem hier allein zur Prüfung gestellten Staatsangehörigkeitserfordernis des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayLerzGG.³²

bb) Zweck der Prämierung der Eigenbetreuung durch das Erziehungsgeld

Die zumindest partielle frühkindliche Eigenbetreuung prämiert der Gesetzgeber mit der Gewährung des Erziehungsgeldes an nicht oder nicht voll erwerbstätige Elternteile. Dem liegt eine doppelte Zielsetzung zugrunde. Zunächst setzt der Gesetzgeber einen Anreiz, in den ersten Lebensmonaten des Kindes nicht (voll) erwerbstätig zu sein, da das dann gewährte Erziehungsgeld einen Einkommensausfall zu kompensieren vermag. Anders als teils vertreten, liegt in der – zudem nur bedingten – Einkommensersatzfunktion nicht der einzige Zweck des Erziehungsgeldes, was nicht nur die Gesetzesbegründung und das Bundesverfassungsgericht betonen (1). Vielmehr kommt dem Erziehungsgeld auch eine allgemeine Unterstützungsfunktion und eine Anerkennungsfunktion hinsichtlich der Erziehungsleistung zu (2).

(1) Bedingte Einkommensersatzfunktion

Ein Zweck des Erziehungsgeldes ist seine (bedingte) Einkommensersatzfunktion. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers „ermöglicht oder erleichtert [das Erziehungsgeld], daß sich ein Elternteil in der für die ganze spätere Entwicklung entscheidenden ersten Lebensphase eines Kindes dessen Betreuung und Erziehung widmet. Für Mütter und Väter wird mehr Wahlfreiheit zwischen der Tätigkeit für die Familie und Erwerbstätigkeit geschaffen.“³³ Dementsprechend sieht auch das Bundesverfassungsgericht – in Anknüpfung an die Gesetzesbegründung – den „im Vordergrund stehende[n] Zweck des Erziehungsgeldes [darin], Eltern die eigene Betreuung ihrer Kinder durch Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit oder durch deren Einschränkung zu ermöglichen“.³⁴ So wird der Anspruch stellende Elternteil oftmals vor der Geburt des Kindes eine Erwerbstätigkeit ausgeübt und diese infolge der Geburt zumindest partiell aufgegeben haben mit der Folge einer Einkommensminderung. Diese Umstände können eine Anspruchsberechtigung begründen, da nunmehr keine oder keine volle Erwerbstätigkeit i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1

³² BVerfGE 130, 240 (251).

³³ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 1.

³⁴ BVerfGE 111, 176 (185). Siehe auch BVerfGE 130, 240 (254 f., 256).

Nr. 4, § 2 BErzGG ausgeübt wird bzw. die Einkommensgrenzen des § 5 Abs. 3 BErzGG unterschritten werden.

Der Zweck des Erziehungsgeldes erschöpft sich freilich nicht in dieser Einkommensersatzfunktion, die überdies nur bedingt verwirklicht ist. Denn die Leistungsberechtigung nach dem BErzGG setzt weder die Reduktion respektive Aufgabe einer zuvor ausgeübten Erwerbstätigkeit voraus noch einen Einkommensausfall. Anspruchsberechtigt sind vielmehr auch der Hausmann/die Hausfrau, die schon vor der Geburt keine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben, sowie Personen, die ihre schon vor Geburt des Kindes ausgeübte Erwerbstätigkeit, die die erwähnten Zeit- und Einkommensgrenzen des BErzGG nicht überschreitet, weiterhin im selben Umfang ausüben. Das Anliegen, auch diesen Personenkreis einzubeziehen, bei dem das Erziehungsgeld keine (bedingte) Einkommensersatzfunktion hat, betont auch die Gesetzesbegründung:

Anspruch auf das Erziehungsgeld haben – im Unterschied zum Mutterschaftsurlaubsgeld – nicht nur Mütter, die vor der Geburt des Kindes in einem Arbeitsverhältnis standen, sondern alle Mütter und auch Väter. Damit werden selbständig Tätige und im Betrieb ihres Mannes mithelfende Frauen ebenso einbezogen wie Mütter, die vor der Geburt nicht erwerbstätig waren oder nach der Geburt eines früheren Kindes ihre Erwerbstätigkeit aufgegeben haben und nun ein weiteres Kind bekommen.³⁵

Die Einbeziehung dieses Personenkreises war auch von erheblicher zahlenmäßiger Relevanz, lag doch „[d]er Anteil derjenigen, die vor der Geburt des Kindes erwerbstätig waren, an allen neu hinzukommenden Berechtigten ... 1987 bei 45,7 v. H., 1988 bei 46,2 v. H.“,³⁶ womit sich für mehr als die Hälfte der Antragsteller die Frage der Kompensation eines zuvor erzielten Erwerbseinkommens nicht stellte.

Des Weiteren wird Erziehungsgeld auch im Falle einer Berufsausbildung oder (Hoch-)Schulbesuchs gewährt, wobei sich die Frage einer alternativen Erwerbstätigkeit nicht stellt.

Hinzu kommt, dass sich das Bundeserziehungsgeld im ersten Bezugszeitraum von sechs Monaten – und bei Nichtüberschreiten der Minderungsgrenze des § 5 Abs. 3 Satz 3 BErzGG auch danach – nicht nach der Höhe des Einkommensausfalls richtet, sondern als einheitliche Pauschale gewährt wird (§ 5 Abs. 1 Satz 1 BErzGG). Freilich ist die Reduktion bzw. Aufgabe der Erwerbstätigkeit für die Einkommensberechnung relevant (vgl. § 6 Abs. 6 f. BErzGG), was

³⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Buneserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 13.

³⁶ Unterrichtung durch die Bundesregierung – Bericht über die in den Jahren 1986 bis 1988 gemachten Erfahrungen mit dem Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub, BT-Drs. 11/8517, S. 7.

sich anspruchsbegründend bzw. im zweiten Bezugszeitraum auch anspruchserhöhend auswirken kann. Damit ist die Einkommensersatzfunktion nicht konsequent – und etwa nicht vergleichbar konsequent wie beim Elterngeld – verwirklicht.

Somit lässt sich entgegen der Rechtsauffassung des BMAS nicht, jedenfalls nicht in dieser Pauschalität und Ausschließlichkeit annehmen, dass das „Bundeserziehungsgeld den Einkommensausfall ersetzen [sollte], der Eltern entstand, die wegen der Erziehung ihrer Kinder keiner Erwerbstätigkeit nachgingen“ (so aber Schreiben des BMAS vom 30.8.2018).³⁷ Etwas zurückhaltender sieht daher auch das Bundessozialgericht den vorrangigen Zweck des Erziehungsgeldes lediglich in der Gewährleistung eines Ausgleichs für die potentielle Verunmöglichung einer Erwerbstätigkeit:

Aufgabe des BErzGG ist es zu ermöglichen oder zu erleichtern, daß sich ein Elternteil der Betreuung und Erziehung des Kindes in dessen erster Lebensphase (§§ 4, 15 Abs. 1 BErzGG) widmet (BT-Drucks 10/3792 S. 1, 13). Diesem Hauptzweck dient ua die Gewährung von Erziehungsgeld, das für die erste Lebensphase des Kindes einen bestimmten wirtschaftlichen Nachteil beseitigen oder mindern soll, der – in typisierender und generalisierender Betrachtung – geeignet ist, einen Vater oder eine Mutter von der vollzeitigen, persönlichen Betreuung und Erziehung eines Kleinstkindes abzuhalten. Der durch Erziehungsgeld auszugleichende Nachteil besteht darin, daß während der Betreuung eines Kindes die Möglichkeit, ein volles Erwerbseinkommen zu erzielen, eingeschränkt ist.³⁸

Dieser Betrachtung mag man angesichts der erwähnten zahlenmäßigen Bedeutung des Personkreises, für den sich das Erziehungsgeld nicht als Einkommensersatz darstellt, entgegentreten;³⁹ die Annahme, dass daneben weitere Zwecke verfolgt werden, schließt sie jedoch nicht aus.

³⁷ Partiiell anders die arbeitsförderungsrechtliche Qualifikation des Erziehungsgeldes in BSG, Urt. v. 29.4.1992, 7 RAR 12/91, juris, Rn. 29 ff.: „Das Erziehungsgeld wurde als neuartige Sozialleistung mit dem Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub vom 6. Dezember 1985 (BGBl I S 2154) eingeführt ... Das Erziehungsgeld ist nicht danach ausgestaltet worden, tatsächliche Einkommenseinbußen konkret auszugleichen oder den tatsächlichen Betreuungsaufwand zu entschädigen; es will vielmehr die Betreuung und Erziehung eines Kindes durch eine nicht voll erwerbstätige sorgeberechtigte Person in der ersten Lebensphase des Kindes allgemein fördern ..., indem für Mütter und Väter eine größere Wahlfreiheit zwischen der Tätigkeit für die Familie und einer Erwerbstätigkeit geschaffen wird ... Dementsprechend hat der Gesetzgeber, in die Begünstigungen durch das Bundeserziehungsgeldgesetz nicht nur selbständig Tätige und im Betrieb ihres Ehemannes helfende Frauen einbezogen, sondern auch Mütter, die vor der Geburt ihres Kindes nicht erwerbstätig waren. Daraus ergibt sich jedoch kein ausschlaggebendes Argument gegen die arbeitsförderungsrechtliche Behandlung des Erziehungsgeldes als einer Lohnersatzleistung iS des § 113 Abs 2 Satz 3 AFG. Denn das Erziehungsgeld verfolgt zumindest auch den Zweck, den in aller Regel stattfindenden wirtschaftlichen Nachteil einer Einschränkung der Erwerbstätigkeit während und wegen der Betreuung und Erziehung eines Kindes auszugleichen“. Anders aber BSG, Urt. v. 29.4.1997, 5 RJ 84/95, juris, Rn. 18: Es „handelt ... sich beim Erziehungsgeld damit ausdrücklich nicht um eine Lohnersatzleistung, sondern um eine familienpolitisch motivierte Sozialleistung, die die Kindererziehung in den ersten Lebensjahren fördern soll. Die im BErzGG vorgesehenen Leistungen bezwecken mithin nicht, dem erziehenden Elternteil Unterhaltsaufwendungen zu ersetzen“. Anders auch LSG Hessen, Urt. v. 15.12.2006, L 5 LW 4/06, juris, Rn. 21 ff., hinsichtlich der Versicherungspflicht zur Alterssicherung der Landwirte.

³⁸ BSG, Urt. v. 16.2.1989, 4 REg 6/88, juris, Rn. 19. Siehe auch BSG, Urt. v. 27.9.1990, 4 REg 27/89, juris, Rn. 18; Urt. v. 28.11.1990, 4 RA 40/90, juris, Rn. 21.

³⁹ Ablehnend *M. Behn*, NZS 1993, S. 444 (446).

Hiervon gehen auch die Gesetzesbegründung und das Bundesverfassungsgericht aus (dazu sogleich, 2). Im Übrigen hat das Bundessozialgericht später den Lohnersatzcharakter des Erziehungsgeldes ausdrücklich verneint,⁴⁰ ebenso wie das Bundesverwaltungsgericht⁴¹ und das Bundesverfassungsgericht^{42, 43}. Den Hybridcharakter des Erziehungsgeldes hat im Übrigen auch das LSG Hessen in einem Urteil vom 15.12.2006 herausgearbeitet. Ihm komme ein „besondere[r] Charakter“ zu:

Das Erziehungsgeld wurde als neuartige Sozialleistung mit dem Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub vom 6. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2154) eingeführt und ist nicht danach ausgestaltet worden, tatsächliche Einkommenseinbußen konkret auszugleichen oder den tatsächlichen Betreuungsaufwand zu entschädigen. Vielmehr will es nach der amtlichen Begründung ermöglichen oder erleichtern, dass sich ein Elternteil in der für die ganze spätere Entwicklung entscheidenden ersten Lebensphase eines Kindes dessen Betreuung und Erziehung widmet, indem für Mütter und Väter mehr Wahlfreiheit zwischen der Tätigkeit für die Familie und einer Erwerbstätigkeit geschaffen wird (vgl. Bundestags-Drucksache 10/3792 S. 13; BSGE 64, 296, 300 f = SozR 7833 § 3 Nr. 1; BSGE 67, 238, 240 = SozR 3-7833 § 1 Nr. 1). Damit soll das Erziehungsgeld die Betreuung und Erziehung eines Kindes durch eine nicht voll erwerbstätige sorgeberechtigte Person in der ersten Lebensphase des Kindes allgemein fördern (vgl. BVerfG SozR 7833 § 3 Nr. 2), indem die wirtschaftlichen Nachteile der Einschränkung der Erwerbsmöglichkeit wegen der Betreuung eines Kindes in der ersten Lebensphase teilweise ausgeglichen, nicht aber Unterhaltsaufwendungen ersetzt werden oder – abstrakt – die Zuwendung zum Kind „belohnt“ wird (vgl. BSGE 67, 238, 240).

Eine eindeutige Bestimmung der Rechtsnatur des Erziehungsgeldes erweist sich insbesondere deshalb als schwierig, weil es einerseits ganz offenkundig nicht den typischen Lohnersatzleistungen wie dem Krankengeld, dem Verletztengeld oder dem Arbeitslosengeld zugeordnet werden kann, andererseits aber in bestimmten Fallkonstellationen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zumindest in einem weiteren Sinne an die Stelle von ausgefallenem Erwerbseinkommen tritt. Das Erziehungsgeld steht allen Berechtigten zu, welche die Voraussetzungen gemäß § 1 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) erfüllen. Damit sind – neben pflichtversicherten Arbeitnehmern – selbstständig Tätige oder im Betrieb ihres Ehemannes helfende Frauen ebenso einbezogen wie Mütter, die vor der Geburt ihres Kindes überhaupt nicht erwerbstätig waren (BSG SozR 3-4100 § 113 Nr. 1). Zum anderen besteht ein Anspruch auf Erziehungsgeld allerdings nur dann, wenn der Antragsteller in der Erziehungszeit keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 BERzGG), so dass der Erwerb einer Anspruchsberechtigung für vor dem Bezug von Erziehungsgeld erwerbstätige Anspruchsinhaber einen weitgehenden Verzicht auf Arbeitsentgelt bzw. Arbeitseinkommen voraussetzt. Für diesen Personenkreis hat das Erziehungsgeld demnach

⁴⁰ BSG, Urt. v. 29.4.1997, 5 RJ 84/95, juris, Rn. 18; Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 39: „nicht als Einkommensersatzleistung gefassten Vorgängerregelung im Bundeserziehungsgeldgesetz“.

⁴¹ BVerwG, Urt. v. 4.9.1997, 5 C 8/97, juris, Rn. 16.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 14. 6. 1989, 1 BvR 594/89, SozR 7833 § 3 Nr. 2, Rn. 1/2; NJW 2012, S. 214 (214).

⁴³ Ebenso *H. Buchner/U. Becker*, Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2003, Vor §§ 1–14 BERzGG, Rn. 6.

einen gewissen „Lohnersatzcharakter“. Bei anderen Berechtigten hingegen, die zuvor nicht erwerbstätig waren und denen während des Bezuges von Erziehungsgeld demzufolge auch keine Erwerbseinkünfte verloren gehen können, scheidet eine „Lohnersatzfunktion“ des Erziehungsgeldes aus; ihnen wird das Erziehungsgeld gewissermaßen „zusätzlich“ gewährt.⁴⁴

Als Konsequenz hat es den Lohnersatzcharakter des Erziehungsgeldes verneint:

Der Rechtscharakter des Erziehungsgeldes als Sozialleistung kann freilich nicht anhand der wirtschaftlichen Folgen des Bezugs dieser Leistung „von Fall zu Fall“ unterschiedlich, und zwar jeweils danach bestimmt werden, ob es beim jeweiligen Anspruchsinhaber in dem oben beschriebenen Sinne „Lohnersatzcharakter“ hat oder mangels ausfallender Erwerbseinkünfte „zusätzlich“ gewährt wird. Eine solche Differenzierung wäre sachlich nicht gerechtfertigt (vgl. BSG vom 24. November 1992 – 12 RK 24/91 = SozR 3-2200 § 383 Nr. 1). Vielmehr ist ausgehend von dem nach dem Willen des Gesetzgebers vorgesehenen Leistungsgrund maßgeblich darauf abzustellen, dass das Erziehungsgeld eine grundlegend andere – primär am Gedanken des Familienlastenausgleichs (vgl. BSG vom 29. April 1997 – 5 RJ 84/95 = SozR 3-2200 § 1267 Nr. 5 = BSGE 80, 205) orientierte – Zielrichtung verfolgt als die regelmäßig an einer konkreten Erwerbseinbuße anknüpfenden Lohnersatzleistungen. Es knüpft hinsichtlich der Leistungshöhe – anders als die typischen Lohnersatzleistungen – nicht an die Höhe eines während der Erziehungszeit möglicherweise ausfallenden Erwerbseinkommen an und soll gemäß § 8 BErzGG überdies auch bei Sozialleistungen, deren Zahlung von anderen Einkommen abhängig ist, unberücksichtigt bleiben. Seiner rechtlichen Ausgestaltung nach erweist sich das Erziehungsgeld damit als eine „zusätzliche“ Sozialleistung (vgl. Kasseler Kommentar-Seewald, § 18a SGB IV, Rdnr. 18), die nach dem Willen des Gesetzgebers mit den sog. klassischen Lohnersatzleistungen nicht vergleichbar ist (vgl. BSG vom 29. April 1997 – 5 RJ 84/95 = SozR 3-2200 § 1267 Nr. 5 = BSGE 80, 205 sowie BSG vom 26. Januar 2000 – B 13 RJ 53/99 R), sondern eine derart stark ausgeprägte Sonderstellung einnimmt, dass es nicht als gerechtfertigt angesehen werden kann, in den Fällen des Bezuges von Erziehungsgeld – auch dann, wenn keine Kindererziehungszeit in der gesetzlichen Rentenversicherung (mehr) zurückgelegt wird – eine Beitragsfreiheit in der AdL vorzusehen.⁴⁵

(2) Allgemeine Unterstützungs- und Anerkennungsfunktion

Neben dem Anliegen, Einkommensverluste durch die frühkindliche Eigenbetreuung auszugleichen, verfolgt das Erziehungsgeld auch den Zweck, junge Familien zu unterstützen und die Erziehungsleistung der Eltern zu honorieren. Diese weiteren Zwecke streicht die Gesetzesbegründung deutlich heraus: „Das Erziehungsgeld stellt insbesondere eine wichtige Hilfe für die junge Familie dar. Mit ihm wird die Erziehungsleistung der Familie anerkannt.“⁴⁶ Auch das Bundesverfassungsgericht hat diese Zwecksetzung mit dem Verweis darauf betont, dass „die

⁴⁴ LSG Hessen, Urt. v. 15.12.2006, L 5 LW 4/06, juris, Rn. 37 f.

⁴⁵ LSG Hessen, Urt. v. 15.12.2006, L 5 LW 4/06, juris, Rn. 39.

⁴⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 13. Mit der Reform 1992 die Anerkennungsfunktion gar als Hauptzweck erachtend *J. Zmarzlik/M. Zipperer/H. P. Viethen*, Bundeserziehungsgeldgesetz 1992, 1992, § 1 BErzGG 92, Rn. 1.

staatliche Gemeinschaft mit dem Erziehungsgeld die Erziehungsleistung anerkennen will“⁴⁷ und dass „lediglich die Betreuung und Erziehung eines Kindes durch eine nicht voll erwerbstätige sorgeberechtigte Person in der ersten Lebensphase des Kindes allgemein“ gefördert werden soll⁴⁸.

In den – auch zahlenmäßig jedenfalls in den Anfangsjahren des Erziehungsgeldes bedeutsamen – Fällen, dass die Geburt des Kindes zu keiner umfangsmäßigen Reduktion der Erwerbstätigkeit führte, da eine solche überhaupt nicht oder nur in den vom BErzGG zugelassenen Grenzen ausgeübt wurde und eine Erhöhung auch nicht erwünscht war, dient das Erziehungsgeld ausschließlich diesen Zwecken.

Entgegen einer frühen Entscheidung des Bundessozialgerichts – und mit der Gesetzesbegründung sowie dem Bundesverfassungsgericht – verbietet es sich gerade auch angesichts der gesellschaftlichen Bedeutung der Kindererziehung sowie der grundrechtlich geschützten Entscheidung, keine Erwerbstätigkeit parallel zur Kinderbetreuung ausüben zu wollen, die Anerkennungsfunktion lediglich als Konsequenz der (bedingten) Einkommensersatzfunktion und damit stark ökonomisiert zu betrachten:

[D]as Erziehungsgeld [soll] den wirtschaftlichen Nachteil der Einschränkung der Erwerbsmöglichkeit während und – vom Gesetzgeber vermutet – wegen der Betreuung und Erziehung eines Kindes in der ersten Lebensphase teilweise ausgleichen (BT-Drucks 10/3792 S 13), nicht aber Unterhaltsaufwendungen ersetzen oder – abstrakt – die Zuwendung zum Kind ‚belohnen‘. Das Erziehungsgeld soll es ermöglichen oder erleichtern, daß ein Elternteil ganz oder teilweise ‚auf eine Erwerbstätigkeit verzichten‘ kann; in diesem Sinne wird die Erziehungsleistung der Familie anerkannt (BT-Drucks 10/3792 S 13).⁴⁹

Schließlich bekräftigt auch die Begründung zum am 1.1.2001 in Kraft getretenen Dritten Gesetz zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes vom 12.10.2000⁵⁰ diese weite, nicht auf eine (bedingte) Einkommensersatzfunktion beschränkte Zwecksetzung:

Der Gesetzgeber wollte mit der Einführung des Bundeserziehungsgeldgesetzes (BErzGG) im Jahre 1986 sowohl die wirtschaftliche Situation von Familien nach der Geburt des Kindes erheblich verbessern und die Erziehungsleistung der Eltern honorieren als auch die von ihnen – zur Betreuung des Kleinkindes –

⁴⁷ BVerfGE 111, 176 (188). Ebenso BVerwG, Urt. v. 4.9.1997, 5 C 8/97, juris, Rn. 17.

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 14. 6. 1989, 1 BvR 594/89, SozR 7833 § 3 Nr. 2, Rn. 1/2.

⁴⁹ So aber BSG, Urt. v. 27.9.1990, 4 REg 27/89, juris, Rn. 18. Ebenso BSG, Urt. v. 28.11.1990, 4 RA 40/90, juris, Rn. 21.

⁵⁰ BGBl. I S. 1426, ber. S. 1585.

gewünschte vorübergehende Unterbrechung der Erwerbstätigkeit ohne Verlust des Arbeitsplatzes ermöglichen.⁵¹

cc) Einkommensgrenzen und Bedürftigkeitselement

Als konstitutiv wird teils die Koppelung des Erziehungsgeldes an Höchsteinkommensgrenzen angesehen, mithin ein Bedürftigkeitselement. In der Tat knüpfen § 5 Abs. 3 und 4 BErzGG die Leistungsberechtigung an Höchsteinkommensgrenzen. Im Detail bestimmt die zuletzt geltende Fassung dieser Norm:

(3) ¹In den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes entfällt der Anspruch auf den Regelbetrag, wenn das Einkommen nach § 6 bei Ehegatten, die nicht dauernd getrennt leben, 30.000 Euro und bei anderen Berechtigten 23.000 Euro übersteigt. ²Der Anspruch auf das Budget entfällt, wenn das Einkommen nach § 6 bei Ehegatten, die nicht dauernd getrennt leben, 22.086 Euro und bei anderen Berechtigten 19.086 Euro übersteigt. ³Vom Beginn des siebten Lebensmonats an verringert sich das Erziehungsgeld, wenn das Einkommen nach § 6 bei Ehegatten, die nicht dauernd getrennt leben, 16 500 Euro und bei anderen Berechtigten 13.500 Euro übersteigt. ⁴Die Beträge der Einkommensgrenzen nach Satz 1, 2 und 3 erhöhen sich um 3.140 Euro für jedes weitere Kind des Berechtigten oder seines nicht dauernd von ihm getrennt lebenden Ehegatten, für das ihm oder seinem Ehegatten Kindergeld gezahlt wird oder ohne die Anwendung des § 65 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes oder des § 4 Abs. 1 des Bundeskindergeldgesetzes gezahlt würde. ⁵Maßgeblich sind, abgesehen von ausdrücklich abweichenden Regelungen dieses Gesetzes, die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Antragstellung. ⁶Für Eltern in einer eheähnlichen Gemeinschaft gelten die Vorschriften zur Einkommensgrenze für Verheiratete, die nicht dauernd getrennt leben. ⁷Für Lebenspartner gilt die Einkommensgrenze für Verheiratete entsprechend.

(4) ¹Das Erziehungsgeld wird ab dem siebten Lebensmonat gemindert, wenn das Einkommen die in Absatz 3 Satz 3 und 4 geregelten Grenzen übersteigt. ²Der Regelbetrag verringert sich um 5,2 Prozent und das Budget verringert sich um 7,2 Prozent des Einkommens, das die in Absatz 3 Satz 3 und 4 geregelten Grenzen übersteigt.

Für den Einkommensbegriff bestimmt § 6 BErzGG:

(1) Als Einkommen gilt die nicht um Verluste in einzelnen Einkommensarten zu verminderte Summe der positiven Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 1 und 2 des Einkommensteuergesetzes abzüglich 24 vom Hundert, bei Personen im Sinne des § 10c Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes abzüglich 19 vom Hundert und der Entgeltersatzleistungen, gemindert um folgende Beträge (...):

(2) Für die Berechnung des Erziehungsgeldes im ersten Lebensjahr des Kindes ist das Einkommen im Kalenderjahr vor der Geburt des Kindes, beim angenommenen Kind im Kalenderjahr vor der Aufnahme des

⁵¹ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, BT-Drs. 14/3118, S. 10.

Kindes bei der berechtigten Person maßgebend. Für die Berechnung des Erziehungsgeldes im zweiten Lebensjahr des Kindes ist das Einkommen im Kalenderjahr der Geburt des Kindes, beim angenommenen Kind im Kalenderjahr seiner Aufnahme bei der berechtigten Person maßgebend.

(3) Zu berücksichtigen ist das Einkommen der berechtigten Person und ihres Ehegatten oder Lebenspartners, soweit sie nicht dauernd getrennt leben. Leben die Eltern in einer eheähnlichen Gemeinschaft, ist auch das Einkommen des Partners zu berücksichtigen; dabei reicht die formlose Erklärung über die gemeinsame Elternschaft und das Zusammenleben aus. (...)

(6) Ist die berechtigte Person während des Erziehungsgeldbezugs nicht erwerbstätig, bleiben ihre Einkünfte aus einer vorherigen Erwerbstätigkeit unberücksichtigt. Ist sie während des Erziehungsgeldbezugs erwerbstätig, sind ihre voraussichtlichen Erwerbseinkünfte in dieser Zeit maßgebend. Sonderzuwendungen bleiben unberücksichtigt. Entgeltersatzleistungen der berechtigten Person werden nur während des Erziehungsgeldbezugs berücksichtigt. Für die anderen Einkünfte gelten die übrigen Vorschriften des § 6.

(7) Ist das Einkommen während des ersten oder zweiten Lebensjahres beziehungsweise während des ersten oder zweiten Jahres nach der Aufnahme des Kindes bei der berechtigten Person insgesamt um mindestens 20 Prozent geringer als das Einkommen im entsprechenden Kalenderjahr im Sinne von Absatz 2, wird es auf Antrag neu ermittelt. Dabei sind die insoweit verringerten voraussichtlichen Einkünfte während des Erziehungsgeldbezugs zusammen mit den übrigen Einkünften nach § 6 maßgebend.

Die Qualifikation des Erziehungsgeldes als bedürftigkeitsabhängige Leistung relativiert eine Betrachtung der historischen Entwicklung dieser Sozialleistung erheblich.⁵² So hat die Ursprungsfassung des BErzGG für die ersten sechs Leistungsmonate keinerlei Einkommensgrenze vorgesehen und erst für die zweiten sechs Leistungsmonate eine Leistungsminderung bei Überschreitung einer Einkommensgrenze normiert (vgl. § 6 BErzGG a.F.). Die Gesetzesbegründung führt insoweit aus:

Das Erziehungsgeld beträgt 600 Deutsche Mark monatlich. Das gilt uneingeschränkt in den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes (Absatz 1); von dem siebten Lebensmonat an wird das Erziehungsgeld einkommensabhängig gewährt. Die Festlegung einer Einkommensgrenze (Absatz 2) erscheint vertretbar, weil bei den Beziehern höherer Einkommen die Wahlfreiheit zwischen der Tätigkeit im Beruf und in der Familie zur Betreuung und Erziehung des Kindes nicht in gleicher Weise von der Gewährung des Erziehungsgeldes abhängt wie z. B. bei einem Facharbeiter. Deshalb wird ab dem siebten Lebensmonat bei höherem Einkommen – abhängig von dessen Höhe – ein gemindertes bzw. kein Erziehungsgeld gewährt.⁵³

⁵² Die Erziehungssituation, nicht die Bedürftigkeit als zentrale Voraussetzung qualifizierend *H. Buchner/U. Becker*, Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2003, Vor §§ 1–14 BErzGG, Rn. 7.

⁵³ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz — BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 16.

Der Gesetzgeber ging dabei von einem großen Umfang der Leistungsberechtigten auch im zweiten Bezugszeitraum aus:

Aufgrund der Einkommensgrenze erhalten etwa 40 Prozent der anfänglich Berechtigten das Erziehungsgeld von 600 Deutsche Mark weiter. Ein etwa gleich großer Anteil der Berechtigten erhält gemindert Erziehungsgeld.⁵⁴

Erst mit dem Ersten Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsförderungsprogramms vom 21.12.1993⁵⁵ hat der Gesetzgeber eine Einkommenshöchstgrenze auch für den ersten Bezugszeitraum von sechs Monaten eingeführt, die freilich äußerst großzügig bemessen war. § 5 Abs. 2 Satz 1 BErzGG lautete:

In den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes wird das Erziehungsgeld gemindert, wenn das Einkommen nach § 6 bei Verheirateten, die von ihrem Ehepartner nicht dauernd getrennt leben, 100.000 Deutsche Mark, und bei anderen Berechtigten 75.000 Deutsche Mark übersteigt.

Den Hintergrund bildeten fiskalische Erwägungen. Dies kommt zwar nicht in der Begründung jener Norm im Besonderen Teil des Gesetzentwurfs zum Ausdruck,⁵⁶ wohl aber im Allgemeinen Teil⁵⁷ sowie in den Vorbemerkungen:

A. Zielsetzung

Die Wirtschaftsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland wird im Jahresdurchschnitt 1993 zu einem schwächeren Ergebnis führen, als noch zu Jahresbeginn abzusehen war. Mittelfristig wird daher auch bei der erwarteten Wirtschaftsbelebung die gesamtwirtschaftliche Produktion niedriger sein als noch vor Jahresfrist angenommen.

Die veränderte konjunkturelle Ausgangslage führt zu erheblichen Mehrbelastungen der öffentlichen Haushalte. Die konjunkturbedingten Steuermindereinnahmen summieren sich im Jahr 1994 bei Bund, Ländern und Gemeinden auf 46 Mrd. DM. Hinzu tritt noch die Mehrbelastung des Bundes aus dem Ausgleich des Defizits der Bundesanstalt für Arbeit.

⁵⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz — BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 16.

⁵⁵ BGBl. I, S. 2353.

⁵⁶ Der Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms – 1. SKWPG –, BT-Drs. 12/5502, S. 46, führt aus: „Für das Erziehungsgeld in den ersten sechs Lebensmonaten eines Kindes wird eine besondere Einkommensgrenze eingeführt, die Eltern mit hohem Einkommen vom Bezug ausschließt. Die neue Einkommensgrenze ist umgerechnet auf den Einkommensbegriff des § 6 und entspricht einem Bruttoeinkommen von ca. 140 000/110 000 DM. Die Bestimmung über die Erhöhung des Betrages um 4 200 DM für jedes weitere Kind gilt auch für diese besondere Einkommensgrenze.“

⁵⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms – 1. SKWPG –, BT-Drs. 12/5502, S. 19 ff.

Auf der Basis des status quo würde vor diesem Hintergrund allein die Nettokreditaufnahme des Bundes von rund 67 Mrd. DM im Jahr 1993 auf über 90 Mrd. DM im Jahr 1994 ansteigen. Damit würde die Kreditaufnahme des Bundes die Größenordnung von etwa einem Viertel der Steuereinnahmen erreichen. Eine derartige Neuverschuldung wäre auch bei schwacher Wirtschaftsentwicklung nicht zu verantworten.

B. Lösung

Die Bundesregierung hat am 13. Juli 1993 die Eckwerte für ein Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramm beschlossen, das ein Haushaltsentlastungsvolumen bei Einnahmen und Ausgaben von rund 21 Mrd. DM für den Bund im Jahre 1994, ansteigend auf über 28 Mrd. DM jährlich, enthält.

Aus dem Sparpaket sind im vorliegenden Gesetzentwurf die gesetzlichen Änderungen zusammengefaßt, die zur Realisierung der entsprechenden ausgabewirksamen Maßnahmen erforderlich sind und die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Dabei handelt es sich im wesentlichen um Kürzungen bei Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit und beim Kindergeld/Erziehungsgeld.⁵⁸

Entgegen dem missverständlichen Wortlaut bedeutete die Änderung keine Einführung einer Minderungsregelung, sondern einer Höchstgrenze, wie die spätere Änderung des § 5 Abs. 2 Satz 1 BErzGG durch das am 1.1.1997 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Mutterschutzrechts vom 20.12.1996⁵⁹ klarstellt: „In den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes entfällt das Erziehungsgeld, wenn das Einkommen nach § 6 bei Verheirateten, die von ihrem Ehepartner nicht dauernd getrennt leben, 100 000 Deutsche Mark und bei anderen Berechtigten 75 000 Deutsche Mark übersteigt.“

Die Gesetzesbegründung führt aus:

Es handelt sich hier um eine redaktionelle Klarstellung. Durch das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms – 1. SKWPG – war beim Erziehungsgeld für Geburten ab dem 1. Januar 1994 die Einkommensabhängigkeit vom ersten Lebensmonat des Kindes an eingeführt worden. Damit sollten Eltern mit hohem Einkommen vom Erziehungsgeldbezug ausgeschlossen werden (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung Drucksache 12/5502 – 4. September 1993). Durch ein redaktionelles Versehen wurde die Formulierung „gemindert“ statt „entfällt“ in den Gesetzestext aufgenommen, was jedoch wegen § 5 Abs. 3 keine rechtlichen Folgen hatte. Die Minderungsvorschrift in § 5 Abs. 3 bezieht sich ausschließlich auf die Einkommensgrenzen nach § 5 Abs. 2 Satz 2 (ab siebten Lebensmonat). Für die sog. Hochverdienergrenze sieht das Gesetz keine Minderungsvorschrift vor. Deshalb wird in der Praxis – entsprechend dem gesetzgeberischen Ziel – das Erziehungsgeld bei Überschreiten der Hochverdienergrenze nicht gemindert, sondern ausnahmslos versagt.⁶⁰

⁵⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms – 1. SKWPG –, BT-Drs. 12/5502, S. 1 f.

⁵⁹ BGBl. I, S. 2110.

⁶⁰ Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuß) zu dem 1. Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 13/2763 – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Mutterschutzrechts 2. Antrag der Abgeordneten Dr. Marliese Dobberthien, Christel Hanewinckel, Ingrid Becker-Inglau, weiterer

Dass die seinerzeitige Einkommenshöchstgrenze (als „Hochverdienergrenze“) kaum Ausschlusswirkung entfaltete, erhellt die Begründung des Entwurfs des Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes:

Für die ersten sechs Lebensmonate des Kindes erhalten unverändert rund 95 % der Familien das volle Erziehungsgeld, weil nur wenige Familien die hohe Einkommensgrenze von 100 000 DM (ebenfalls vergleichbar mit einem entsprechenden jährlichen Nettoeinkommen) zuzüglich entsprechender Kinderzuschläge für weitere Kinder erreichen, ab der das Erziehungsgeld in diesem Zeitraum ersatzlos entfällt.⁶¹

Mit dem am 1.1.2001 in Kraft getretenen Dritten Gesetz zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes vom 12.10.2000⁶² hat der Bundesgesetzgeber sodann die bis dato unverändert gebliebene Einkommensgrenze für den zweiten Bezugszeitraum erhöht, um sicherzustellen, dass mit dem Bundeserziehungsgeld Familien mit bis zu mittleren Einkommen unterstützt werden. § 5 Abs. 2 BErzGG in jener Fassung lautete:

In den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes entfällt das Erziehungsgeld, wenn das Einkommen nach § 6 bei Ehegatten, die nicht dauernd getrennt leben, 100 000 Deutsche Mark und bei anderen Berechtigten 75 000 Deutsche Mark übersteigt. Vom Beginn des siebten Lebensmonats an verringert sich das Erziehungsgeld, wenn das Einkommen nach § 6 bei Ehegatten, die nicht dauernd getrennt leben, 32 200 Deutsche Mark und bei anderen Berechtigten 26 400 Deutsche Mark übersteigt. Die Beträge dieser Einkommensgrenzen erhöhen sich um 4 800 Deutsche Mark für jedes weitere Kind des Berechtigten oder seines nicht dauernd von ihm getrennt lebenden Ehegatten, für das ihm oder seinem Ehegatten Kindergeld gezahlt wird oder ohne die Anwendung des § 65 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes oder des § 4 Abs. 1 des Bundeskindergeldgesetzes gezahlt würde. (...)

Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus:

Unverändert blieben bis heute die Einkommensgrenze ab dem siebten Lebensmonat, die über die Kürzung oder den Wegfall des Erziehungsgeldes entscheidet, von jährlich 29 400 DM für Eltern bzw. von 23 700 DM für eine Alleinerziehende mit jeweils einem Kind (annähernd vergleichbar mit einem entsprechenden jährlichen Nettoeinkommen) und der Kinderzuschlag von 4 200 DM für jedes weitere Kind. Der Gesetzgeber wollte die junge Familie mit einem durchschnittlichen Familieneinkommen fördern ... Für die Zeit ab dem siebten Lebensmonat ist dagegen der Anteil der Familien mit einem weiterhin vollen Erziehungsgeld von rund 83 % im Jahre 1987 auf rund 50 % im Jahre 1999 zurückgegangen.

Familien mit bis etwa mittlerem Einkommen und hierbei besonders auch Familien mit mehreren Kindern sind auf das Erziehungsgeld angewiesen. Der Gesetzentwurf erhöht deshalb die Einkommensgrenze ab dem siebten Lebensmonat von 29 400 DM auf 32 200 DM (für eine Alleinstehende von 23 700 DM auf 26 400

Abgeordneter und der Fraktion der SPD – Drucksache 13/3533 – Gleichstellung von Hausangestellten im Mutterschutzgesetz, BT-Drs. 13/6110, S. 13.

⁶¹ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, BT-Drs. 14/3118, S. 10.

⁶² BGBl. I, S. 1426, ber. S. 1585.

DM) und den Kinderzuschlag von 4 200 DM auf 4 800 DM. Das bedeutet – je nach Familiengröße – eine Gesamtsteigerung von rund 10 % bis 12 %. Sie verbessert sich zusätzlich in den Jahren 2002 und 2003 durch den weiteren stufenweisen Anstieg des Kinderzuschlags auf 6 140 DM. Die neue Einkommensgrenze wird der familienpolitischen Bedeutung des Erziehungsgeldes besser gerecht.⁶³

Eine Modifikation der Einkommensgrenze für den ersten Bezugszeitraum ist nicht erfolgt. Dies geschah erst im Zuge des Haushaltsbegleitgesetzes 2004. § 5 Abs. 2 BErzGG bestimmte:

In den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes besteht ein Anspruch auf das Budget, wenn das Einkommen nach § 6 bei Ehegatten, die nicht dauernd getrennt leben, 22 500 Euro und bei anderen Berechtigten 19 500 Euro nicht übersteigt und ein Anspruch auf den Regelbetrag, wenn das Einkommen nach § 6 bei Ehegatten, die nicht dauernd getrennt leben, 30 000 Euro und bei anderen Berechtigten 23 000 Euro nicht übersteigt. Vom Beginn des siebten Lebensmonats an verringert sich das Erziehungsgeld, wenn das Einkommen nach § 6 bei Ehegatten, die nicht dauernd getrennt leben, 16 500 Euro und bei anderen Berechtigten 13 500 Euro übersteigt. Die Beträge der Einkommensgrenzen nach Satz 1 und 2 erhöhen sich um 3 140 Euro für jedes weitere Kind des Berechtigten oder seines nicht dauernd von ihm getrennt lebenden Ehegatten, für das ihm oder seinem Ehegatten Kindergeld gezahlt wird oder ohne die Anwendung des § 65 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes oder des § 4 Abs. 1 des Bundeskindergeldgesetzes gezahlt würde. (...)

Den Hintergrund bildeten, ähnlich wie im Kontext des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsförderungsprogramms vom 21.12.1993, zunächst fiskalische Erwägungen:

A. Problem und Ziel

Die mit der Agenda 2010 eingeleiteten strukturellen Reformen werden in Verbindung mit einer weiteren strukturellen Konsolidierung der Staatsfinanzen und dem Vorziehen der Steuerreform dazu beitragen, die seit fast 3 Jahren anhaltende Phase der konjunkturellen Stagnation in Deutschland und die Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu überwinden.

Gegenstand dieses Gesetzentwurfs sind vor allem die Umsetzung wesentlicher Elemente des von der Bundesregierung am 2. Juli 2003 beschlossenen Haushaltstabilisierungskonzeptes 2004 sowie das Vorziehen der dritten Steuerentlastungsstufe von 2005 auf 2004. Ziel der Konsolidierungsmaßnahmen ist vor allem eine nachhaltige Begrenzung der konsumtiven Staatsausgaben und ein verstärkter Subventionsabbau. Das Vorziehen der Steuerreform wird zu einer Stärkung des privaten Konsums und der Investitionen und damit zu mehr Wachstum und Beschäftigung führen.

B. Lösung

... Absenkung der Einkommensgrenzen beim Erziehungsgeld während der ersten 6 Monate.⁶⁴

⁶³ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, BT-Drs. 14/3118, S. 10.

⁶⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Haushaltsbegleitgesetzes 2004 (Haushaltsbegleitgesetz 2004 – HBeglG 2004), BT-Drs. 15/1502, S. 1 f.

In der Gesetzesbegründung scheint überdies der Gedanke einer sozialstaatlich motivierten Einkommensgrenze auf. So führt der Allgemeine Teil der Gesetzesbegründung aus: „Vorgesehen ist eine Absenkung der Einkommensgrenzen beim Erziehungsgeld während der ersten 6 Monate, so dass das Erziehungsgeld künftig stärker auf untere Einkommensschichten konzentriert wird. Auch werden u. a. die Zahlbeträge des Erziehungsgeldes geglättet.“⁶⁵ Und im Besonderen Teil heißt es: „Die bisherige Einkommensgrenze in den ersten sechs Lebensmonaten war für den Regelbetrag so hoch (51 130 Euro/38 350 Euro), dass auch gut verdienende Eltern Erziehungsgeld erhielten. Das entsprach nicht der sozialen Zweckbestimmung des Erziehungsgeldes. Die Neuregelung setzt darum die Einkommensgrenze in vertretbarem Umfang herab.“⁶⁶

Die Entwicklung des Bundeserziehungsgeldes erhellt, dass sowohl das „Ob“ als auch die Höhe einer Einkommensgrenze dem Wandel der Zeit unterworfen waren. Dies gilt auch für die Motivation, eine solche einzuführen, die auf fiskalischen, familienpolitischen und auch sozialen Erwägungen beruhte.

Diese Entwicklung spiegelt sich im Übrigen auch beim bayerischen Landeserziehungsgeld wieder. So führt die Gesetzgebung zur Novelle des Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetzes (2007) aus:

Das Landeserziehungsgeld erreichte bei seiner Einführung im Jahr 1989 in Bayern 64% der Eltern. Wegen der im Wesentlichen unveränderten Einkommensgrenzen werden Familien mit mittleren Einkommen von der Leistung immer weniger erreicht. In den vergangenen Jahren wurde das Landeserziehungsgeld etwa der Hälfte aller Eltern ausgezahlt ...

Durch Anhebung der Einkommensgrenzen von 16.500 € für Paare bzw. 13.500 € für allein erziehende Eltern auf 25.000 € bzw. auf 22.000 € für Geburten ab 1. Januar 2009 werden rd. 63 % der Eltern und damit nahezu so viele Eltern wie im Jahr 1989 erreicht ...

Der Gesetzentwurf sieht die Möglichkeit einer Anpassung der Einkommensgrenzen durch Rechtsverordnung vor. Damit wird einer langjährigen Forderung des Freistaats Bayern für das Bundeserziehungsgeld Rechnung getragen und sichergestellt, dass dauerhaft rd. 63 % der Eltern Landeserziehungsgeld erhalten.⁶⁷

Unabhängig von dieser Entwicklung im Kontext des Erziehungsgeldes erhellt das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Betreuungsgeld vom 21.7.2015 schließlich, dass eine sozialrechtlich relevante Bedürftigkeit nicht nur bei einer im Einzelfall bestehenden wirtschaftlichen

⁶⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Haushaltsbegleitgesetzes 2004 (Haushaltsbegleitgesetz 2004 – HBeglG 2004), BT-Drs. 15/1502, S. 17.

⁶⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Haushaltsbegleitgesetzes 2004 (Haushaltsbegleitgesetz 2004 – HBeglG 2004), BT-Drs. 15/1502, S. 35.

⁶⁷ Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Neuordnung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes (Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz – BayLErzGG), LT-Drs. 15/7721, S. 1.

Bedürftigkeit einer Person bestehen kann, sondern auch in Bedarfslagen mit besonderen Belastungen wie der Betreuung von Kleinkindern:

Die Regelungen zum Betreuungsgeld sind dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zuzuordnen. Ein anderer Kompetenztitel kommt nicht in Betracht.

Der Begriff der öffentlichen Fürsorge in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist nicht eng auszulegen (vgl. BVerfGE 88, 203 <329 f.>; 97, 332 <341>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 7. Oktober 2014 – 2 BvR 1641/11 –, juris, Rn. 135). Er setzt voraus, dass eine besondere Situation zumindest potenzieller Bedürftigkeit besteht, auf die der Gesetzgeber reagiert. Dabei genügt es, wenn eine – sei es auch nur typisierend bezeichnete und nicht notwendig akute (ähnlich BVerfGE 88, 203 <329 f.>; 97, 332 <342>; 106, 62 <134>) – Bedarfslage im Sinne einer mit besonderen Belastungen (vgl. BVerfGE 88, 203 <329 f.>) einhergehenden Lebenssituation besteht, auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt.

Die angegriffenen Regelungen erfüllen diese Voraussetzungen. Mit der Schaffung eines Betreuungsgeldanspruchs wollte der Gesetzgeber auf die Belastung von Familien mit Kleinkindern und eine damit verbundene besondere Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit reagieren (vgl. BTDrucks 17/9917, S. 8 rechte Spalte). Dabei durfte er von einem typischerweise in dieser Altersphase auftretenden besonderen Aufwand bei der Betreuung von Kleinkindern ausgehen, ohne hinsichtlich seiner Gesetzgebungskompetenz etwa danach differenzieren zu müssen, ob Bezieher der Leistung im Einzelfall wirtschaftlich bedürftig sind.⁶⁸

dd) Existenzsicherungsergänzende Funktion

Ein weiterer Zweck des Gesetzgebers bestand schließlich darin, das Erziehungsgeld ergänzend zu insbesondere existenzsichernden Sozialleistungen zu gewähren, um Müttern in schwierigen finanziellen Situationen eine Entscheidung für das Kind zu ermöglichen: „Da das Erziehungsgeld ergänzend zu anderen Sozialleistungen gewährt und auf diese nicht angerechnet wird, erleichtert es – ggf. ergänzt durch Hilfen der Stiftung ‚Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens‘ – schwangeren Frauen, die sich aus wirtschaftlichen Gründen in einer Konfliktsituation befinden, die Entscheidung für das Kind.“⁶⁹ Dieses Ziel setzt die Nichtanrechnungsregelung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG um. Die Gesetzesbegründung erläutert:

Leistungen nach dem Gesetz führen nicht zu einer Minderung von anderen Sozialleistungen (z. B. Wohngeld, Sozialhilfe, Ausbildungsförderung). Das Erziehungsgeld wird also zusätzlich gewährt. Nur so kann es auch bei Einkommensschwachen seiner Zielsetzung, daß die Betreuung und Erziehung eines Kindes in

⁶⁸ BVerfGE 140, 65 (78 f.).

⁶⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 13.

der ersten Lebensphase durch die Eltern anerkannt und mehr als bisher gefördert werden soll, gerecht werden und schwangeren Frauen, die sich aus wirtschaftlichen Gründen in einer Konfliktsituation befinden, das Ja zum Kind erleichtern.⁷⁰

Auch das Bundesverfassungsgericht hat diese Zwecksetzung betont,⁷¹ ebenso wie das Bundesverwaltungsgericht:

Hierbei spielt § 8 Abs. 1 BErzGG eine besondere Rolle. Die zusätzliche Gewährung des Erziehungsgeldes neben anderen Sozialleistungen soll sicherstellen, daß das Erziehungsgeld auch bei Einkommensschwachen seiner Zielsetzung gerecht wird, die Betreuung und Erziehung eines Kindes in der ersten Lebensphase durch die Eltern anzuerkennen und mehr als bisher zu fördern und schwangeren Frauen, die sich aus wirtschaftlichen Gründen in einer Konfliktsituation befinden, das Ja zum Kind zu erleichtern (Begründung zu § 8 BErzGG, BTDrucks 10/3792 S. 18).⁷²

c) Vergleichbarkeit des Familiengeldes mit dem Bundeserziehungsgeld

aa) Wesentliche Gemeinsamkeiten von Familien- und Bundeserziehungsgeld

Hinsichtlich der Vergleichbarkeit des Familiengeldes mit dem Bundeserziehungsgeld ist zunächst festzuhalten, dass das Familiengeld das zuvor geleistete und nach allgemeiner Auffassung für als mit dem Bundeserziehungsgeld vergleichbar erachtete Landeserziehungsgeld ersetzt und als Nachfolgeregelung fungiert, was einen Zusammenhang herstellt. Hinzu kommt, dass alle nach dem früheren Landeserziehungsgeldgesetz anspruchsberechtigten Personen auch die Voraussetzungen für eine Förderung nach dem BayFamGG erfüllen und auch insoweit Kontinuität besteht.

Richtig ist freilich auch, dass das bayerische Familiengeld, das der bayerische Gesetzgeber selbst als „moderne Weiterentwicklung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes“ versteht (siehe auch Art. 1 Satz 1 BayFamGG),⁷³ zentrale Anspruchsvoraussetzungen des Landes- und auch Bundeserziehungsgeldgesetzes modifiziert. Entgegen der Rechtsauffassung des BMAS lässt sich eine Vergleichbarkeit des Familiengeldes mit dem Bundeserziehungsgeld aber nicht schon deshalb verneinen, weil „das Familiengeld nach der Gesetzesbegründung eine ‚moderne Weiterentwicklung‘ des Landeserziehungsgeldes sein“ soll (siehe Schreiben vom 30.8.2018).

⁷⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Buneserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 18.

⁷¹ BVerfGE 111, 176 (188).

⁷² BVerwG, Urt. v. 4.9.1997, 5 C 8/97, juris, Rn. 17. Siehe ferner *E. Wiedemann/E. Kunz*, Ein Fachberater zum Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz, 8. Aufl. 1994, Rn. 40.

⁷³ Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 32.

Dies folgt schon daraus, dass § 8 Abs. 1 Satz 1 BERzGG keinen Verweis auf die Landeserziehungsgelder darstellt, sondern auf die Vergleichbarkeit der Landessozialleistung mit dem Bundeserziehungsgeld abhebt. Überdies erweist sich auch das Bundeserziehungsgeld, wie soeben entfaltet, als dynamische Sozialleistung, die auch in zentralen Punkten (Einkommensabhängigkeit, Umfang der zulässigen Erwerbstätigkeit und damit der erforderlichen Eigenbetreuung) einem steten Wandel unterworfen war. Leitend waren dabei familienpolitische, aber auch weitere Motive, etwa fiskalischer Art. Vor diesem Hintergrund ist nicht nur festzuhalten, dass eine Weiterentwicklung des Landeserziehungsgeldes durch den bayerischen Gesetzgeber die Vergleichbarkeit mit dem Bundeserziehungsgeld nicht ausschließt; vielmehr verweist die dynamische Entwicklung des Bundeserziehungsgeldes auf einen Gestaltungsspielraum auch des Landesgesetzgebers.

Fraglich ist freilich, ob angesichts der Modifikationen noch von einer Vergleichbarkeit ausgegangen werden kann.

Zunächst darf nicht übersehen werden, dass gewichtige Gemeinsamkeiten in zentralen Voraussetzungen und Anliegen bestehen.

Bundeserziehungsgeld und Familiengeld ist zunächst gemeinsam, dass es sich um eine in den ersten Lebensjahren gewährte Leistung an Familien handelt, die voraussetzt, dass der Anspruchsteller mit seinem Kind in einem Haushalt lebt und dieses Kind selbst erzieht (siehe Art. 2 Nr. 2 und 3 BayFamGG). Die Leistungshöhe bewegt sich im Rahmen des früheren Erziehungsgeldes; auch stellt sich das Familiengeld als zeitliche Verlängerung der Bundesleistung dar (früher: Erziehungsgeld, heute Elterngeld). Überdies verfolgt das Familiengeld die für das Erziehungsgeld charakteristischen Anliegen, nämlich die (bedingte) Einkommensersatzfunktion sowie die allgemeine Unterstützungs- und Anerkennungsfunktion. Für die Eltern, die ihre Erwerbstätigkeit reduzieren, um sich der Kinderbetreuung zu widmen, kompensiert das Familiengeld wie das Erziehungsgeld Einkommensverluste. Für die Eltern, die eine volle Erwerbstätigkeit ausüben oder die auch nach der Geburt nicht oder weiterhin nur in einem reduzierten Maße arbeiten, erfüllt das Familiengeld die auch vom Erziehungsgeld verfolgte allgemeine Unterstützungs- und Anerkennungsfunktion. So soll das Familiengeld ausweislich der Gesetzesbegründung den ökonomischen Gestaltungsspielraum junger Familien erhöhen und „der Anerkennung und der Unterstützung der Erziehungsleistung von Eltern mit Kleinkindern“ dienen,⁷⁴ was auch Art. 1 Sätze 1 und 2 BayFamGG bekräftigen. Diese Zweckvorgabe konkretisiert die

⁷⁴ Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 31.

allgemeine Unterstützungsfunktion; sie ist wie im Kontext des BErzGG nicht durchsetzbar⁷⁵. Wie ausgeführt wäre es verfehlt anzunehmen, wie es dies indes das BMAS annimmt, dass dem Bundeserziehungsgeld ausschließlich eine Einkommensersatzfunktion zukommt und schon damit die Vergleichbarkeit ausscheidet. Schließlich teilt das Familien- mit dem Erziehungsgeld auch die existenzsicherungsergänzende Funktion, soll es gemäß Art. 1 Satz 4 BayFamGG doch nicht „auf existenzsichernde Sozialleistungen ... angerechnet werden.“

bb) Keine wesentlichen Unterschiede

Zwei bedeutsame, jedoch für die Vergleichbarkeit unschädliche Unterschiede bestehen freilich, nämlich der Verzicht auf eine Höchstarbeitszeitgrenze (1) und auf eine Einkommensgrenze (2).

(1) Unschädlichkeit des Verzichts auf eine Höchstarbeitszeitgrenze

Mit der Aufgabe des Erfordernisses, keine oder keine volle Erwerbstätigkeit auszuüben, vollzieht der bayerische Gesetzgeber indes keinen Bruch mit dem Bundeserziehungsgeld, sondern schreibt eine bereits das Bundeserziehungsgeld kennzeichnende Dynamik fort und aktualisiert dessen Zielsetzung, eine bestmögliche Entwicklung des Kindes sicherzustellen sowie Elternwünschen hinsichtlich des Umfangs der Erwerbstätigkeit Rechnung zu tragen.⁷⁶ So hat der Erziehungsgeldgesetzgeber selbst im Jahre 2001 die ursprüngliche und gemessen am Ziel einer vorrangigen Eigenbetreuung durch einen Elternteil ohnehin schon relativ hohe Möglichkeit einer Teilzeittätigkeit von bis zu 19 bzw. 20 Wochenstunden erheblich, nämlich um 50% erweitert und eine Höchstgrenze von nunmehr 30 Wochenstunden verankert (neben weiteren Relativierungen, etwa hinsichtlich einer Berufsausbildung). In absoluten Zahlen entspricht die Erhöhung derjenigen, die der bayerische Gesetzgeber mit dem BayFamGG vorgenommen hat, prozentual bleibt letztere sogar dahinter zurück. Stets prägend war für die Bestimmung des Umfangs der zulässigen Arbeitszeit auch, eine berufliche Integration des betreuenden Elternteils zu ermöglichen.

⁷⁵ Siehe hierzu *B. Wiegand*, BErzGG, 9. Aufl. 2002, § 1 BErzGG, Rn. 6.

⁷⁶ Vgl. demgegenüber aber auch *B. Wiegand*, BErzGG, 9. Aufl. 2002, § 2 BErzGG, Rn. 7, nach dem bei einer Vollerwerbstätigkeit der familienpolitische Zweck des Erziehungsgelds nicht mehr erreicht werden könne. Kritisch zur Ausklammerung Vollerwerbstätiger demgegenüber *E. Stevens-Bartol*, Bundeserziehungsgeldgesetz, 1986, § 1 BErzGG, Rn. 7; § 2 BErzGG, Rn. 1 (auch diese Personengruppe leiste „wertvolle Betreuungstätigkeit, nicht selten unter besonderem persönlichem Einsatz“; im Übrigen könnten Alleinerziehende auf eine volle Berufstätigkeit angewiesen sein).

Des Weiteren aktualisiert das BayFamGG mit dem Verzicht auf Vorgaben für den Umfang einer Berufstätigkeit die Zielsetzung des BErzGG-Gesetzgebers: Für das Erfordernis der Eigenbetreuung und die damit korrespondierende Arbeitszeithöchstgrenze im BErzGG war die Annahme des Gesetzgebers maßgeblich, dass eine vorrangige Eigenbetreuung in der ersten Lebensphase der Entwicklung des Kindes am besten diene.⁷⁷ Erkennt man an, dass der Entwicklung des Kindes (jedenfalls im zweiten und dritten Lebensjahr, in dem ein Anspruch auf Familiengeld besteht, das Erziehungsgeld betraf demgegenüber den Zeitraum schon ab Geburt) auch eine Fremdbetreuung förderlich respektive der Eigenbetreuung gleichwertig ist, spricht nichts dagegen, das Erfordernis, keine oder keine volle Erwerbstätigkeit auszuüben, entsprechend anzupassen. Die Gesetzgebung zur Reform 2001 stellt im Übrigen auf das fehlende „Risiko der gefährdeten Betreuung des Kindes“ auch bei Erhöhung der zulässigen Arbeitszeit ab; von einem solchen kann auch bei voller Erwerbstätigkeit nicht ausgegangen werden. Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass auch bei Fremdbetreuung parallel zu einer vollen Erwerbstätigkeit der Anspruchsteller sein Kind selbst erziehen muss (siehe Art. 2 Nr. 3 BayFamGG). Maßgeblich für eine Erhöhung der zulässigen Höchstarbeitszeit war im Übrigen schon unter Geltung des BErzGG, entsprechenden Elternwünschen Rechnung zu tragen; die Herstellung der vollständigen Wahlfreiheit unter dem BayFamGG – die die Gesetzesbegründung⁷⁸ und Art. 1 Satz 1 BayFamGG akzentuieren – knüpft hieran an.⁷⁹ Im Übrigen streitet auch eine Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG im Lichte des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG für ein entsprechend weites Verständnis der Vergleichbarkeit, die auch bei Einräumung der Option zur Vollerwerbstätigkeit noch besteht. So verbürgt Art. 6 Abs. 1 und 2 GG den Eltern, „ihr familiäres Leben nach ihren Vorstellungen zu planen und zu verwirklichen und insbesondere in ihrer Erziehungsverantwortung zu entscheiden, ob und in welchem Entwicklungsstadium das Kind überwiegend von einem Elternteil allein, von beiden Eltern in wechselseitiger Ergänzung oder von einem Dritten betreut werden soll“.⁸⁰ Mag diese Grundgesetzbestimmung den Gesetzgeber angesichts dessen Gestaltungsspielraums bei der Einräumung von Sozialleistungen auch nicht zur Einführung

⁷⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz – BErzGG), BT-Drs. 10/3792, S. 1, 13 und 14 (Zitate im Text).

⁷⁸ Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 31 f.

⁷⁹ Siehe auch *H. Buchner/U. Becker*, Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2003, § 2 BErzGG, Rn. 2: „Andererseits muss im Mittelpunkt einer Familienpolitik, die aktuellen gesellschaftlichen Entwicklungen angepasst ist, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf stehen ... Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das Erziehungsgeld bei der gegenwärtigen Ausgestaltung nicht die Funktion einer Lohnersatzleistung im Fall der Kindererziehung übernimmt und wohl auch künftig nicht übernehmen kann“.

⁸⁰ BVerfGE 130, 240 (251); ferner BVerfGE 99, 216 (231); NJW 2012, S. 214 (215).

konkreter Unterstützungsleistungen für Familien verpflichten und mag das Bundesverfassungsgericht auch offen gelassen haben, ob Art. 6 Abs. 1 und 2 GG den Gesetzgeber zu einer Erstreckung des Erziehungsgeldes auf Vollerwerbstätige verpflichtet,⁸¹ so trägt ein weites Verständnis des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG den grundrechtlichen Vorgaben jedenfalls besser Rechnung als ein enges. Den von den Ländern in Anspruch genommenen Spielraum illustriert im Übrigen auch das sächsische Landeserziehungsgeld, das der Gesetzgeber beim Besuch einer öffentlich geförderten Betreuungseinrichtung grundsätzlich ausschließt (siehe § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SächsLErzGG). Am Rande vermerkt sei schließlich, dass der von der Erweiterung profitierende Personenkreis relativ gering ist – nach Zahlen des Landesamtes für Statistik für das Jahr 2016, denen eine Indizfunktion zukommt, sind in der Gruppe der Ehepaare mit Kindern unter drei Jahren in nur etwas mehr als 5% der Fälle beide Elternteile vollerwerbstätig.⁸²

(2) Unschädlichkeit des Verzichts auf Einkommensgrenzen

Als weiteren wesentlichen Unterschied zur zuletzt geltenden Fassung des BErzGG verzichtet das FamGG auf Einkommensgrenzen. Dies ändert indes nichts an der Vergleichbarkeit, da eine Betrachtung der Entwicklung des Erziehungsgeldes erhellt, dass der BErzGG-Gesetzgeber unterschiedliche Ansätze in dieser Frage verfolgt hat, sowohl hinsichtlich des „Ob“ einer Einkommensgrenze als auch hinsichtlich des maßgeblichen Einkommensniveaus (Ausschluss von Spitzenverdienern, Begrenzung auf mittlere und sodann auf untere Einkommen) als auch hinsichtlich der Beweggründe für Modifikationen, die teils fiskalisch, teils familienpolitisch und teils sozialpolitisch motiviert waren. Ein entsprechender Spielraum muss auch dem bayerischen Gesetzgeber zustehen. So galt im gut ersten Drittel der Leistungsgewährung (1986 bis 1994) keine Einkommensgrenze im ersten Bezugszeitraum und bis fast zuletzt (1994 bis 2004; Außerkrafttreten Ende 2006 mit Stichtag für Geburt vor 1.1.2007) eine derart hohe Grenze, dass noch 95% aller Familien erfasst waren. Ferner hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Betreuungsgeld vom 21.7.2015 anerkannt, dass eine sozialrechtlich relevante Bedürftigkeit nicht nur bei einer im Einzelfall bestehenden wirtschaftlichen Bedürftigkeit einer Person bestehen kann, sondern auch in Bedarfslagen mit besonderen Belastungen wie der Betreuung von Kleinkindern. Vermerkt sei schließlich, dass der Verzicht auf Einkommensgrenzen die Leis-

⁸¹ BVerfGE 130, 240 (252). Siehe zum Gestaltungsspielraum auch BVerfGE 140, 65 (82 f.); BSG, Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 35. Allgemein zu den verschiedenen Dimensionen des Ehegrundrechts *F. Wollenschläger/D. Coester-Waltjen*, *Ehe für Alle*, 2018, S. 15 ff.

⁸² Bayerisches Landesamt für Statistik (2017), Haushalte und Familien in Bayern 2016, Teil IV der Ergebnisse der 1%-Mikrozensushebung 2016, Tabelle 3.1.

tungsgewährung vereinfacht und damit den Verwaltungsaufwand minimiert; dieser Pauschalierungsgedanke prägt, wie das Bundesverfassungsgericht herausgearbeitet hat, auch das Bundeserziehungsgeld⁸³.

cc) Fazit

Angesichts der skizzierten Gemeinsamkeiten von Bundeserziehungsgeld und Familiengeld – beides sind an die Erziehung eines Kindes geknüpfte Leistungen an Familien für die ersten Lebensjahre mit (bedingter) Einkommensersatzfunktion sowie zur Unterstützung und Anerkennung der Erziehungsleistung – sowie dem Umstand, dass die beiden Hauptunterschiede des BayFamGG zum zuletzt geltenden BErzGG (Verzicht auf eine Höchstleistungszeitgrenze und auf eine Einkommensgrenze) in letzterem angelegte Entwicklungen reflektieren, gerade auch unter Berücksichtigung der dem Bundeserziehungsgeld innewohnenden Dynamik, die auch einen Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers impliziert, sowie grundrechtlicher Direktiven ist von einer Vergleichbarkeit von Bundeserziehungsgeld und Familiengeld i.S.d. § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG auszugehen.

d) *Perspektive der Bezieher von ALG-II-Leistungen*

Neben der abstrakten Vergleichbarkeit von Familiengeld und Bundeserziehungsgeld ist in vorliegendem Zusammenhang erhaltend der spezifische Bezugspunkt des Vergleichs zu berücksichtigen, nämlich die Vergleichbarkeit hinsichtlich der Anrechnung der beiden Vergünstigungen auf ALG-II-Leistungen. Diese Betrachtungsweise relativiert die beiden Hauptunterschiede (Verzicht auf eine Höchstleistungszeitgrenze und auf eine Einkommensgrenze) weiter. Denn zum einen erweist sich der Umstand, dass das Familien- anders als das Erziehungsgeld ohne Höchsteinkommensgrenzen gewährt wird, als für Bezieher von ALG-II-Leistungen irrelevant. Denn an der besonderen Hilfsbedürftigkeit dieses Personenkreises, der der Privilegierungstatbestand des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG Rechnung trägt (siehe oben, IV.1.b.dd), ändert die Gewährung des das Erziehungsgeld ersetzenden Familiengeldes auch an nicht vergleichbar bedürftige Personen nichts. Auch die aufgebene Höchstleistungszeitgrenze wirkt sich auf die Situation der Bezieher von ALG-II-Leistungen kaum aus. Relevant ist diese Modifikation lediglich für Aufstocker, die nunmehr im Umfang von mehr als 30 Wochenstunden arbeiten dürfen und arbeiten, aber gleichwohl hilfsbedürftig i.S.d. SGB II bleiben; für die Übrigen Bezieher von ALG-II-Leistungen, namentlich überhaupt nicht oder in einem geringeren Umfang tätige und deshalb

⁸³ BVerfG, Beschl. v. 14. 6. 1989, 1 BvR 594/89, SozR 7833 § 3 Nr. 2, Rn. 1/2.

hilfsbedürftige Personen ändert sich nichts. Und hinsichtlich des zuvor erwähnten Personenkreises ist schließlich zu berücksichtigen, dass eine Erhöhung des Umfangs der Erwerbstätigkeit und damit auch des Erwerbseinkommens die Hilfsbedürftigkeit reduziert und dem Aktivierungsgedanken des § 1 Abs. 2 SGB II Rechnung trägt (siehe ferner § 2 Abs. 2 SGB II). Auch die (bedingte) Einkommensersatzfunktion spielt insoweit eine nur sehr zurückgenommene Rolle.

2. Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes als zweckgebundene Leistung i.S.d. § 11a Abs. 3 SGB II

Nachdem eine Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes als dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder bereits aus der Spezialregelung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG folgt, stellt sich die nachrangige Frage einer Anrechnungsfreiheit gemäß § 11a Abs. 3 SGB II nicht. Im Gutachten sind gleichwohl alle in Betracht kommenden Ausnahmetatbestände zu prüfen. So könnte eine Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes des Weiteren als eine zweckgebundene Leistung i.S.d. § 11a Abs. 3 SGB II bestehen. Satz 1 dieser Norm⁸⁴ lautet:

Leistungen, die aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu einem ausdrücklich genannten Zweck erbracht werden, sind nur so weit als Einkommen zu berücksichtigen, als die Leistungen nach diesem Buch im Einzelfall demselben Zweck dienen.

Ob diese Norm einschlägig ist, wird im Schrifttum noch kaum diskutiert, aber bejaht.⁸⁵ Neben der unproblematisch vorliegenden Leistungsgewährung aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften fordert § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II eine ausdrückliche Zweckbestimmung (a) sowie eine fehlende Zweckidentität mit SGB-II-Leistungen (c). Umstritten ist, ob über den Wortlaut hinaus eine spezifische Zwecksicherung erforderlich ist (b).

Die Privilegierung verfolgt einen doppelten Zweck, nämlich zu „verhindern, dass eine sich aus einer öffentlich-rechtlichen Norm oder einer privatrechtlichen Grundlage ergebende besondere Zweckbestimmung einer Leistung durch Berücksichtigung im Rahmen des SGB II verfehlt

⁸⁴ Die in Satz 2 aufgeführten Rückausnahmen sind hier nicht einschlägig. Demnach sind „[a]bweichend von Satz 1 ... als Einkommen zu berücksichtigen 1. die Leistungen nach § 39 des Achten Buches, die für den erzieherischen Einsatz erbracht werden, a) für das dritte Pflegekind zu 75 Prozent, b) für das vierte und jedes weitere Pflegekind vollständig, 2. die Leistungen nach § 23 des Achten Buches, 3. die Leistungen der Ausbildungsförderung nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz sowie vergleichbare Leistungen der Begabtenförderungswerke; § 14b Absatz 2 Satz 1 des Bundesausbildungsförderungsgesetzes bleibt unberührt, 4. die Berufsausbildungsbeihilfe nach dem Dritten Buch mit Ausnahme der Bedarfe nach § 64 Absatz 3 Satz 1 des Dritten Buches sowie 5. Reisekosten zur Teilhabe am Arbeitsleben nach § 127 Absatz 1 Satz 1 des Dritten Buches in Verbindung mit § 53 des Neunten Buches.“

⁸⁵ Positiv auch *D. H. Dau*, jurisPR-SozR 17/2018 Anm. 1, III. Vgl. auch die Einlassung von *T. Kingreen*, in: SZ vom 31.8.2018, zitiert nach <https://www.sueddeutsche.de/bayern/familiengeld-bayern-streit-gerichte-1.4110582> (6.9.2018).

wird und dass für einen identischen Zweck Doppelleistungen erbracht werden“.⁸⁶ Der Zweck, die besondere Zweckbestimmung anderer Sozialleistungen nicht zu verfehlen, hat, was noch nicht erörtert wird, auch eine bedeutsame bundesstaatliche Dimension. Denn die Nichtanrechnung bei fehlender Zweckidentität sichert die Kompetenz der Landesgesetzgeber, Voraussetzungen und Inhalt ihrer Landessozialleistungen zu bestimmen. Die Bedeutung des Zweckbestimmungsrechts des Gesetzgebers hat im Übrigen auch das Bundesverfassungsgericht herausgestrichen.⁸⁷

§ 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II kommt Ausnahmecharakter zu.⁸⁸ Nachdem auch bei Anrechnung das verfassungsrechtlich verbürgte Existenzminimum gesichert ist, erschien dem BVerfG eine strikte Auslegung i.S.d. Erfordernisses einer deutlich hervortretenden gesetzgeberischen Entscheidung sachgerecht.⁸⁹ Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund hat das BVerfG ausgeführt:

Es bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob und in welchem Umfang die Privilegierung von bestimmten Einnahmen, wie sie § 11 III SGB II vorsieht, verfassungsrechtlich geboten ist. Jedenfalls ist es nicht wegen Art. 1 I i.V. mit Art. 20 I GG erforderlich, dass solche Einnahmen von der Berücksichtigung als Einkommen ausgenommen sind, auf die der Hilfebedürftige zur Deckung seines Existenzminimums tatsächlich zurückgreifen kann. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass das Existenzminimum gedeckt werden kann, ohne dass es auf den Rechtsgrund der Einnahme oder die subjektive Verwendungsabsicht des Hilfebedürftigen ankäme.⁹⁰

Die soeben erwähnte und in der zitierten Entscheidung nicht berücksichtigte bundesstaatliche Dimension relativiert das Gebot einer strikten Auslegung indes insoweit, wie die Sicherung von Landesgesetzgebungskompetenzen im Bereich der Gewährung von Sozialleistungen infrage steht.

Die Vorgängerfassung (§ 11 Abs. 3 Nr. 1 lit. a SGB II) hat für die Anrechnungsfreiheit „Einnahmen [genügen lassen], soweit sie als zweckbestimmte Einnahmen einem anderen Zweck als

⁸⁶ BSG, Urt. v. 17.10.2013, B 14 AS 58/12 R, juris, Rn. 28; ferner BVerfG, Beschl. v. 24.10.1991, 1 BvR 1159/91, juris, Rn. 6; BVerwGE 45, 157 (160); E 69, 177 (180 f.); BSG, Urt. v. 5.9.2007, B 11b AS 15/06 R, juris, Rn. 28; Urt. v. 6.12.2007, B 14/7b AS 16/06 R, juris, Rn. 16; Urt. v. 6.12.2007, B 14/7b AS 22/06 R, juris, Rn. 20; Urt. v. 17.3.2009, B 14 AS 63/07 R, juris, Rn. 24; Urt. v. 1.6.2010, B 4 AS 67/09 R, juris, Rn. 19; Urt. v. 18.1.2011, B 4 AS 90/10 R, juris, Rn. 21; Urt. v. 26.5.2011, B 14 AS 93/10, juris, Rn. 18; LSG Bayern, Urt. v. 29.11.2017, L 11 AS 322/17, juris, Rn. 17. Unter Betonung ausschließlich des zuletzt genannten Zwecks BSG, Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 20. Siehe in der Literatur nur: *D. Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 37, 121 (Stand: EL 6/17 Juli 2017); *J. Strmischa*, in: Oestreicher, § 11a SGB II, Rn. 24 (Stand: 80. EL März 2017).

⁸⁷ BVerfG, NZS 2011, S. 895 (896). Siehe zur Maßgeblichkeit der gesetzgeberischen Zweckbestimmung auch BSG, Urt. v. 24.4.2015, B 4 AS 22/14 R, juris, Rn. 25.

⁸⁸ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 17/3404, S. 94.

⁸⁹ BVerfG, NZS 2011, S. 895 (896). Siehe zur Verfassungskonformität der Anrechnung des Mindestelterngeldes auch BSG, Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 27; SG München, Urt. v. 4.5.2018, S 46 EG 25/17 BG, juris, Rn. 27.

⁹⁰ BVerfG, NJW 2010, S. 2866 (2867).

die Leistungen nach diesem Buch dienen und die Lage des Empfängers nicht so günstig beeinflussen, dass daneben Leistungen nach diesem Buch nicht gerechtfertigt wären“. Das Anliegen der Neufassung in § 11a Abs. 3 SGB II bestand in einer Harmonisierung mit der Regelung des § 83 Abs. 1 SGB XII für die Sozialhilfe.⁹¹ Dieser bestimmte schon zuvor: „Leistungen, die auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu einem ausdrücklich genannten Zweck erbracht werden, sind nur so weit als Einkommen zu berücksichtigen, als die Sozialhilfe im Einzelfall demselben Zweck dient.“ Diese Bestimmung schloss in ihrer allgemeinen Auslegung eine Anrechnung aus, wenn die Leistung

zu einem ausdrücklich genannten Zweck gewährt wird (BSG, SozR 4-3500 § 90 Nr. 1 Rdnr. 16), der über die Sicherung des Lebensunterhalts hinausgehen und zudem ein anderer als derjenige sein muss, für den die im Einzelfall infrage stehende Sozialhilfe gewährt wird. Daher ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob in den öffentlich-rechtlichen Vorschriften – ggf. aber auch in dem Bescheid, der die Leistung bewilligt, oder auch nur in der Gesetzesbegründung – ein über die Sicherung des Lebensunterhalts hinausgehender Zweck der Leistung ausdrücklich genannt ist (enger zu der vor dem 1. 1. 2005 geltenden Rechtslage nach dem BSHG noch: BVerwGE 69, 177 = Buchholz 436.0 § 77 BSHG Nr. 7; anders auch zum Recht des SGB II: BSGE 101, 281 Rdnr. 15 = NJW 2009, 2330 = SozR 4-4200 § 11 Nr. 14, weil dort – angeblich abweichend – keine „ausdrückliche“ Zweckbestimmung verlangt werde). Der Verwendung des Worts „Zweck“ bedarf es dabei jedenfalls nicht. Der ausdrückliche Zweck kommt schon durch Worte wie „zur Sicherung“, „zum Ausgleich“ etc. ausreichend deutlich zum Ausdruck. Es kann auch genügen, dass die Zweckbestimmung aus den Voraussetzungen für die Leistungsgewährung folgt, soweit sich aus dem Gesamtzusammenhang die vom Gesetzgeber gewollte Zweckbindung eindeutig ableiten lässt (BSGE 90, 172 [175] = SozR 3-5910 § 76 Nr. 4 S. 13). Lässt sich danach ein „ausdrücklich genannter“ Zweck der anderen Leistung feststellen, ist in einem zweiten Schritt der Zweck der konkret infrage stehenden Sozialhilfeleistung zu ermitteln. In einem dritten Schritt sind die Zwecke der beiden Leistungen einander gegenüberzustellen. Nur wenn es dann an der Identität der Zwecke fehlt, ist die andere Leistung bei der Gewährung der Sozialhilfe nicht als anrechenbares Einkommen zu berücksichtigen (BVerwG aaO).⁹²

Diese dreistufige Prüfung ist wegen des Angleichungsziels auch § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II zugrundezulegen.⁹³

⁹¹ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 17/3404, S. 94: „In den Absätzen 2 und 3 sollen gegenüber der bisherigen Rechtslage die unterschiedlichen Formulierungen im SGB XII und im SGB II aufgegeben werden.“

⁹² BSG, Urt. v. 23.3.2010, B 8 SO 17/09 R, juris, Rn. 24. So auch *S. Schmidt*, in: *Eicher/Luik*, SGB II, § 11a, Rn. 18.

⁹³ *G. Becker*, *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann*, § 11a SGB II, Rn. 10 f.; *D. Hengelhaupt*, in: *Hauck/Noftz/Voelzke*, § 11a SGB II, Rn. 122 ff. (Stand: EL 6/17 Juli 2017); *S. Schmidt*, in: *Eicher/Luik*, SGB II, § 11a, Rn. 18.

a) Ausdrückliche und konkrete Bestimmung eines Verwendungszwecks

§ 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II fordert zunächst, dass die Leistungen „zu einem ausdrücklich genannten Zweck erbracht werden“. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass die Neuregelung bezweckt klarzustellen, „dass Einnahmen nur dann nicht als Einkommen zu berücksichtigen sind, wenn ... die erbrachten Leistungen ausdrücklich einem anderen Zweck als die Leistungen nach dem SGB II zu dienen bestimmt sind. Eine allgemeine Zweckrichtung reicht hierfür nicht aus.“⁹⁴ Genauso wenig genügt eine steuerliche Privilegierung.⁹⁵

Dem Erfordernis einer ausdrücklichen Zweckbestimmung⁹⁶ genügt das BayFamGG, das in Art. 1 Sätze 1 ff. entsprechende Festlegungen trifft:

¹In Weiterentwicklung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes erhalten Eltern mit dem Bayerischen Familiengeld eine vom gewählten Lebensmodell der Familie unabhängige, gesonderte Anerkennung ihrer Erziehungsleistung. ²Eltern erhalten zugleich den nötigen Gestaltungsspielraum, frühe Erziehung und Bildung der Kinder einschließlich gesundheitsförderlicher Maßnahmen in der jeweils von ihnen gewählten Form zu ermöglichen, zu fördern und insbesondere auch entsprechend qualitativ zu gestalten. ³Das Familiengeld dient damit nicht der Existenzsicherung.

Die Gesetzesbegründung zum BayFamGG konkretisiert dies weiter.⁹⁷ Zu beachten ist, dass bereits die Gesetzesbegründung allein zur Konkretisierung genügen kann.⁹⁸

Angesicht dieser Regelung kann auch keine Rede davon sein, dass lediglich eine allgemeine, abstrakt-generelle Zielbestimmung für eine Vielzahl von Leistungen vorliegt, die nicht genügen

⁹⁴ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 17/3404, S. 94.

⁹⁵ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 17/3404, S. 94.

⁹⁶ S. *Schmidt*, in: Eicher/Luik, SGB II, § 11a, Rn. 20. Wenn teils betont wird, dass die Vorgängerfassung des § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II keine ausdrückliche Zweckbestimmung forderte – so BSG, Urt v. 6.12.2007, B 14/7b AS 16/06 R, juris, Rn. 16; Urt. v. 30.9.2008, B 4 AS 19/07 R, juris, Rn. 15; S. *Schmidt*, in: Eicher/Luik, SGB II, § 11a, Rn. 18 –, ist zu berücksichtigen, dass eine derartige Voraussetzung in der Rechtsprechung des BSG durchaus anklang, siehe BSG, Urt. v. 5.9.2007, B 11b AS 15/06 R, juris, Rn. 28; Urt. v. 16.6.2015, B 4 AS 37/14 R, juris, Rn. 29; Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 21. Zur Ambivalenz auch D. *Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 125 (Stand: EL 6/17 Juli 2017).

⁹⁷ Siehe Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 32.

⁹⁸ BSG, Urt. v. 23.3.2010, B 8 SO 17/09 R, juris, Rn. 24; G. *Becker*, Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, § 11a SGB II, Rn. 10; S. *Schmidt*, in: Eicher/Luik, SGB II, § 11a, Rn. 20; I. *Striebinger*, in: Gagel, SGB II/SGB III, § 11a SGB II, Rn. 21 (Stand: 64. EL Dezember 2016). Siehe auch BSG, Urt. v. 16.6.2015, B 4 AS 37/14 R, juris, Rn. 29; Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 21.

würde.⁹⁹ Vielmehr stellt die Zweckbestimmung den geforderten „konkret-individuellen Bezug zu der jeweiligen Einzelleistung he[r]“¹⁰⁰.

Überdies muss es sich nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts „um eine in ihrer Verwendung (nicht dem Grund der Entstehung) zweckbestimmte Einnahme handel[n]“.¹⁰¹ Der Zweck, die Erziehungsleistung der Eltern anzuerkennen (Art. 1 Satz 1 BayFamGG), genügt demnach nicht für eine Privilegierung gemäß § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II.¹⁰² Indes formuliert Art. 1 Satz 2 BayFamGG einen konkreten Verwendungszweck: So soll das Familiengeld „Eltern ... zugleich den nötigen Gestaltungsspielraum [gewährleisten], frühe Erziehung und Bildung der Kinder einschließlich gesundheitsförderlicher Maßnahmen in der jeweils von ihnen gewählten Form zu ermöglichen, zu fördern und insbesondere auch entsprechend qualitativ zu gestalten.“ Die Gesetzesbegründung konkretisiert die Verwendungszwecke weiter.¹⁰³

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat den mit dem Kindergeld verfolgten Zweck, Familien zu fördern, für nicht ausreichend erachtet:

In den Fällen, in denen, wie hier, nach §§ 62 ff. EStG zu gewährendes Kindergeld mangels Einkommensteuerpflicht nicht gemäß § 31 Satz 1 EStG eine steuerliche Freistellung bewirken kann, dient es nach § 31 Satz 2 EStG „der Förderung der Familie“. Der Vorschrift kann eine Zweckbestimmung nicht entnommen werden, die von der des Sozialhilferechts verschieden wäre. Ziel der Reform des Kindergeldrechts war es, „eine deutliche Aufstockung der Leistungen für Familien mit Kindern“ (Begründung des Entwurfs zum Jahressteuergesetz 1996, BT-Drs. 13/1558, S. 139) zu bewirken. Konkretere Verwendungszwecke oder Ziele für den Einsatz des Kindergeldes sind insoweit weder ausdrücklich genannt noch sonst erkennbar durch die genannten Regelungen vorgegeben. Zu welchen Zwecken Familien ohne oder mit nur geringem Erwerbseinkommen das ausgezahlte Kindergeld (den sogenannten Transferanteil) einsetzen, ist ihnen überlassen. Dass der Transferanteil individuell-konkret gezielt der Deckung eines bestimmten Bedarfs dienen soll, kommt also im Gesetz nicht zum Ausdruck. § 31 Satz 2 EStG besagt nur, dass er der „Förderung der

⁹⁹ BSG, Urt. v. 23.3.2010, B 8 SO 17/09 R, juris, Rn. 26; ferner BSG, Urt v. 6.12.2007, B 14/7b AS 16/06 R, juris, Rn. 18.

¹⁰⁰ BSG, Urt. v. 23.3.2010, B 8 SO 17/09 R, juris, Rn. 26; ferner BSG, Urt v. 6.12.2007, B 14/7b AS 16/06 R, juris, Rn. 18. So auch *D. Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 126a (Stand: EL 6/17 Juli 2017); *S. Schmidt*, in: Eicher/Luik, SGB II, § 11a, Rn. 21; *J. Strnischa*, in: Oestreicher, § 11a SGB II, Rn. 27 (Stand: 80. EL März 2017).

¹⁰¹ BSG, Urt. v. 24.8.2017, B 4 AS 9/16 R, juris, Rn. 26; ferner BSG, Urt. v. 30.9.2008, B 4 AS 57/07 R, juris, Rn. 25; Urt. v. 13.5.2009, B 4 AS 29/08 R, juris, Rn. 14; Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 28; SG München, Urt. v. 4.5.2018, S 46 EG 25/17 BG, juris, Rn. 23. Siehe auch BSG, Urt. v. 23.3.2010, B 8 SO 17/09 R, juris, Rn. 26, wonach ein „Motiv für die Leistungserbringung seitens des Leistungserbringers, dem eine bestimmte Verhaltenserwartung beim Leistungsempfänger – allerdings nicht im Zusammenhang mit der Verwendung der Leistung – zugrunde liegt“, nicht ausreicht; ferner *D. Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 126b (Stand: EL 6/17 Juli 2017); *S. Schmidt*, in: Eicher/Luik, SGB II, § 11a, Rn. 21, nach dem „ein Motiv ihrer Einführung ohne konkrete Verwendungszweckbestimmung“ nicht genügt, sondern eine Finalität erforderlich ist.

¹⁰² Dies aber für Aufwandsentschädigungen erwägend BSG, Urt. v. 26.5.2011, B 14 AS 93/10, juris, Rn. 19. A.A. für das Betreuungsgeld auch SG Bayreuth, Urt. v. 28.11.2017, S 4 AS 363/17, Umdruck, S. 10.

¹⁰³ Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 32.

Familie“ dienen soll. Damit wird nicht ausdrücklich ein Zweck genannt, der individuell-konkret auf die Deckung eines bestimmten Bedarfs abzielt.

Die „Förderung der Familie“ ist letztlich nur eine „zweckneutrale“ Umschreibung von Verwendungsmöglichkeiten, die in das Belieben des Empfängers gestellt sind (vgl. Lutter, Kindergeld und Wohngeld in der Bedarfsberechnung für die Hilfe zum Lebensunterhalt, ZfSH/SGB 1997, 387/393). Der verwendete Begriff „Förderung der Familie“ drückt geradezu typisch die „Zweckneutralität“ einer generell-abstrakten Leistung aus, deren Verwendung im Belieben des Empfängers steht und die nicht individuell-konkret gezielt der Deckung eines bestimmten Bedarfs dient. Eine ausschließliche gesetzliche Zweckbestimmung dahingehend, dass das Kindergeld, soweit es der Familienförderung dient, nicht für den notwendigen Lebensunterhalt des Kindes, sondern ausschließlich für darüber hinausgehende Aufwendungen (z.B. für Wünschenswertes oder Annehmlichkeiten) verwandt werden soll, kann also nicht festgestellt werden. Dafür fehlt es nicht nur an einer konkretisierbaren Aufspaltung der auf die Existenzsicherung des Kindes und die Familienförderung entfallenden Anteile des Kindergeldes (Konkretheit der Zweckbestimmung), sondern bei Bezug von Hilfe zum Lebensunterhalt besteht gerade ein Bedarf, das Kindergeld im Sinne seiner primären Zweckbestimmung der Existenzsicherung zu verwenden (vgl. OVG Saarlouis vom 21.10.1999 Az. 3 Q 134/99).¹⁰⁴

Genügt hat dem Bundessozialgericht demgegenüber die Regelung zum Maßnahmebeitrag gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AFBG: „Während der Teilnahme an einer Maßnahme wird ein Beitrag zu den Kosten der Lehrveranstaltung (Maßnahmebeitrag) geleistet.“¹⁰⁵

b) Erfordernis der Zwecksicherung?

Während der Wortlaut des § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II es ausreichen lässt, dass die Leistungen „zu einem ausdrücklich genannten Zweck erbracht werden“, fehlt es nach der Gesetzesbegründung an einer hinreichenden Zweckbestimmung „jedenfalls dann, wenn die Einkommensbezieherin oder der Einkommensbezieher weder rechtlich noch tatsächlich daran gehindert ist, die Leistungen zur Deckung von Bedarfen nach diesem Buch einzusetzen.“¹⁰⁶ Jedenfalls in einer strengen Lesart genügt dem das BayFamGG nicht, da eine Verwendung zu anderen als den in Art. 1 Sätze 2 und 3 BayFamGG normierten Zwecken möglich ist.

Das Erfordernis der Zwecksicherung stößt im Schrifttum weitgehend auf Ablehnung (aa), und auch die Rechtsprechung ist durch eine ambivalente Haltung gekennzeichnet (bb). Vor allem aus teleologischen Gründen ist die in der Gesetzesbegründung anklingende Verschärfung des Wortlauts abzulehnen, gerade weil hier hinter dem Verzicht auf die rechtliche Sanktionierung

¹⁰⁴ BayVGh, Urt. v. 26.7.2001, 12 B 97.3825, juris, Rn. 10 f.

¹⁰⁵ BSG, Urt. v. 16.2.2012, B 4 AS 94/11 R, juris, Rn. 17.

¹⁰⁶ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 17/3404, S. 94.

einer nicht auszuschließenden zweckwidrigen Verwendung gewichtige Anliegen des Leistungsrechts stehen (cc).

aa) Weitgehend ablehnende Haltung im Schrifttum

Im Schrifttum stößt diese zusätzliche Anforderung auf Ablehnung, da sie nicht nur keinen Niederschlag im Wortlaut gefunden habe,¹⁰⁷ sondern sich auch von der in Norm vorgesehenen Möglichkeit einer ausdrücklichen Zweckbestimmung löse¹⁰⁸.¹⁰⁹ Hinzu komme ein Widerspruch zum gleichfalls in der Gesetzesbegründung betonten Anliegen einer Harmonisierung mit der Parallelregelung in § 83 Abs. 1 SGB XII,¹¹⁰ da diese Bestimmung des Sozialhilferechts keine vergleichbare Einschränkung formuliere.¹¹¹ Nicht zu überzeugen vermag demgegenüber der Einwand, dass bei Anwendung dieser Restriktion keine Geldleistung mehr § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II unterfiele und sie deshalb abzulehnen sei.¹¹² Denn durch (sanktionierte) Verwendungspflichten kann eine Zweckentfremdung ausgeschlossen werden. Es wird freilich auch geltend gemacht, dass dann „mangels zur Bedarfsdeckung geeigneter, bereiter Mittel bereits kein Einkommen iSv § 11 vor[liegt]“.¹¹³

bb) Ambivalente Rechtsprechung

Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur novellierten Anrechnungsregelung des § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II existiert hinsichtlich der Frage der Zwecksicherung, soweit ersichtlich,

¹⁰⁷ *D. H. Dau*, jurisPR-SozR 17/2018 Anm. 1, III.; *D. Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 129 (Stand: EL 6/17 Juli 2017); *M. Mues*, in: Estelmann, § 11a SGB II, Rn. 25 (Stand: 50. EL März 2016); *S. Schmidt*, in: Eicher/Luik, SGB II, § 11a, Rn. 20; *C. Stotz*, NZS 2015, S. 410 (414); *I. Striebinger*, in: Gagel, SGB II/SGB III, § 11a SGB II, Rn. 22 (Stand: 64. EL Dezember 2016).

¹⁰⁸ *M. Mues*, in: Estelmann, § 11a SGB II, Rn. 25 (Stand: 50. EL März 2016); *J. Neumann*, in: BeckOK-SozR, § 11a SGB II, Rn. 16.

¹⁰⁹ So auch *G. Dauber*, in: Mergler/Zink, § 11a, Rn. 8, 11 (Stand: 40. EL März 2018); *S. Klaus*, in: GK-SGB II, § 11a, Rn. 47 (Stand: 24. EL Dezember 2011); *U. Söhngen* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, § 11a, Rn. 32. Vgl. ferner *U. Geiger*, LPK-SGB II, § 11a, Rn. 8.

¹¹⁰ Zu diesem Anliegen Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 17/3404, S. 94.

¹¹¹ *D. Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 129 (Stand: EL 6/17 Juli 2017); *M. Mues*, in: Estelmann, § 11a SGB II, Rn. 25 (Stand: 50. EL März 2016); *I. Striebinger*, in: Gagel, SGB II/SGB III, § 11a SGB II, Rn. 22 (Stand: 64. EL Dezember 2016).

¹¹² *G. Becker*, Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, § 11a SGB II, Rn. 12; *G. Dauber*, in: Mergler/Zink, § 11a, Rn. 11 (Stand: 40. EL März 2018); *U. Geiger*, info also 2011, S. 106 (108).

¹¹³ *J. Strnischka*, in: Oestreicher, § 11a SGB II, Rn. 27 (Stand: 80. EL März 2017).

nicht. Das LSG Bayern ist – wie im Übrigen auch andere,¹¹⁴ wenn auch nicht alle¹¹⁵ Landessozialgerichte – einem derart strengen Verständnis der Norm in seinem Urteil vom 29.11.2017 indes entgegengetreten:

Nicht erforderlich ist es aber, dass der Leistungsberechtigte rechtlich oder tatsächlich gehindert ist, das Einkommen frei zu verwenden. Auch wenn die Gesetzesbegründung in Fällen, in denen kein tatsächlicher oder rechtlicher Hinderungsgrund für den Einsatz zur Deckung des Lebensunterhaltes besteht, von einer fehlenden anderweitigen ausdrücklichen Zweckbestimmung ausgeht (BT-Drs 17/3404, S 94), kann eine so enge Auslegung im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut nicht angenommen werden.¹¹⁶

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Vorgängerfassung ist demgegenüber uneinheitlich. Für das Blindengeld hat das Bundessozialgericht in einem Urteil vom 11.12.2007 anerkannt, dass weder eine Vielzahl von Verwendungsmöglichkeiten im Rahmen der weiten Zwecksetzung noch die Möglichkeit einer anderweitigen Verwendung die Qualifikation als zweckbestimmte Leistung ausschließt:

[D]er Gesetzgeber [wollte] mit dem Blindengeld nicht allein einen wirklichen oder erfahrungsgemäß vorhandenen wirtschaftlichen Bedarf (typisierend) steuern, sondern mit dem Blindengeld auch Mittel zur Befriedigung laufender und immaterieller Bedürfnisse des Blinden ermöglichen ... Hierdurch wird dem Blinden die Gelegenheit eröffnet, sich trotz Blindheit mit seiner Umgebung vertraut zu machen, mit eigenen Mitteln Kontakt zur Umwelt zu pflegen und am kulturellen Leben teilzunehmen (BSG SozR 3-5922 § 1 Nr 1 S 4; BVerwGE 32, 89, 91 f – zur Blindenhilfe). Dabei bleibt es dem Blinden überlassen, welchen blindenbedingten Bedarf er mit dem Blindengeld befriedigen will. Art und Umfang des Bedarfs hängen auch von seinen persönlichen Wünschen ab. Ob der Blinde das Blindengeld tatsächlich bestimmungsgemäß verwendet, ist dabei nicht zu prüfen.¹¹⁷

Gleichsinnig hat das Bundessozialgericht bereits zuvor in einem Urteil vom 11.1.1990 zur Arbeitslosenhilfe entschieden:

Die Bezeichnung „zweckgebunden“ ist nicht so eng auszulegen, daß darunter lediglich solche Leistungen zu verstehen wären, die der Empfänger nur zu dem im Gesetz oder in einer Vereinbarung vorgesehenen Zweck verwenden darf und bei denen der Leistende ein Kontrollrecht oder einen Einfluß auf die Verwendung hat. Vielmehr fallen darunter auch solche Beträge, die aus einem bestimmten Anlaß und in einer

¹¹⁴ LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 10.8.2017, L 10 SF 10/17 EK U, juris, Rn. 40 f.; ferner LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 27.4.2017, L 15 SF 18/16 EK AS, juris, Rn. 27.

¹¹⁵ Anders etwa LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 15.4.2015, L 3 AS 4257/14, juris, Rn. 29. Vgl. auch, obgleich nicht unmittelbar einschlägig LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 19.1.2016, L 7 R 173/15, juris, Rn. 29 ff.

¹¹⁶ LSG Bayern, Urt. v. 29.11.2017, L 11 AS 322/17, juris, Rn. 19.

¹¹⁷ BSG, Urt. v. 11.12.2007, B 8/9b SO 20/06 R, juris, Rn. 18. Ebenso SG Dresden, Beschl. v. 28.7.2010, S 6 AS 2932/10 ER, juris, Rn. 49 ff. Vgl. zum Fachrecht auch OVG Lüneburg, VerwRSpr 1970, S. 1005 (1006); BSG, Urt. v. 26.10.2004, B 7 SF 2/03 R, SozR 4-5921, Art. 1 Nr. 1, Rn. 10.

bestimmten Erwartung gegeben werden und die der Empfänger zwar im allgemeinen für den bestimmten Zweck verwenden wird, ohne daß er jedoch dazu angehalten werden könnte.¹¹⁸

Auf dieser Linie liegen auch weitere Entscheidungen.¹¹⁹

In seinem Urteil zur Eigenheimzulage vom 30.9.2008 hat das Bundessozialgericht demgegenüber eine strengere Linie verfolgt:

Mit der Festlegung dieses Maßstabs engt der Verordnungsgeber die generelle Privilegierung der Eigenheimzulage bei der Einkommensberücksichtigung ein. Diese Eingrenzung ist jedoch unter Beachtung von Sinn und Zweck von § 11 SGB II sowie des in § 3 Abs 3 Satz 1 SGB II normierten Nachranggrundsatzes erforderlich. § 11 Abs 3 Nr 1 SGB II hat den Zweck, Doppelleistungen für einen identischen Zweck zu verhindern (dazu oben 1. und BSG, Urteil vom 5.9.2007 – B 11b AS 15/06 R, SozR 4-4200 § 11 Nr 5). Hieraus folgt: Nur wenn die Leistung auch tatsächlich – nachweislich – zweckgerichtet verwendet wird, ist sie nicht zur Beseitigung der bestehenden Hilfebedürftigkeit (§ 3 Abs 3 Satz 1 SGB II) einzusetzen. Insofern ist es folgerichtig, dass nur die Eigenheimzulage, die zur Finanzierung eines nach § 12 Abs 3 Satz 1 Nr 4 SGB II geschützten Hausgrundstücks oder einer entsprechenden Eigentumswohnung verwendet wird, vom Einsatz als Einkommen ausgenommen wird. Wollte man den Kreis der Immobilien, deren Herstellung oder Anschaffung nach dem EigZulG gefördert wird, weiter ziehen, würde Einkommen unter Schutz gestellt, das nicht für nach dem SGB II gebilligte Zwecke verwendet wird. Der Grundsicherungsleistungsempfänger ist insoweit in der Verwendung seines Einkommens nicht frei, sondern hat es vorrangig zur Beseitigung der Hilfebedürftigkeit einzusetzen – nur ausnahmsweise ist davon abzusehen. Die Beschränkung der „Nichtberücksichtigung“ auf solche Einkommenszuflüsse, die nachweislich zweckentsprechend verwendet werden, ist angesichts der Regelungen der §§ 2, 4 und 5 EigZulG zwingend. Die Eigenheimzulage wird ohne „Verwendungsnachweis“ und unabhängig davon gewährt, ob bzw in welchem Umfange sie tatsächlich zur Finanzierung eines Eigenheims verwendet wird bzw verwendet werden soll. Der Anspruch auf die Eigenheimzulage entfällt selbst dann nicht, wenn sie nachweislich nicht zur Deckung der mit dem Erwerb oder der mit der Fertigstellung eines begünstigten Objekts verbundenen Aufwendungen eingesetzt wird. Aus diesem Grunde sah auch § 194 Abs 3 Nr 4 SGB III eine Privilegierung nur vor, soweit sie nachweislich zur Herstellung oder Anschaffung einer zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung benutzt wurde. Diente die Eigenheimzulage hingegen der Bestreitung des allgemeinen Lebensunterhalts, so musste der Arbeitslose sie sich als Einkommen anrechnen lassen (vgl so schon BT-Drucks 13/2235, S 21 zu Art 8;

¹¹⁸ BSG, Urt. v. 11.1.1990, 7 RAr 128/88, juris, Rn. 25.

¹¹⁹ BSG, Urt. v. 23.10.1985, 7 RAr 37/84, juris, Rn. 18: „Die Zweckbindung erwächst nämlich nicht allein aus der Verwendung der gewährten Leistung; wesentliche Grundlage für die Zweckbindung ist vielmehr das Motiv, aus dem heraus die Leistung gegeben wird. Es ist daher nicht erforderlich, daß der Empfänger hinsichtlich des tatsächlichen Verbrauchs einer solchen Leistung zwingend festgelegt sein muß (BSGE 19, 62, 63 f). Es genügt, wenn die Leistung aus einem bestimmten Anlaß und in einer bestimmten Erwartung gegeben wird und im allgemeinen mit einer Verwendung für den gedachten Zweck gerechnet werden kann; es ist nicht einmal erforderlich, daß der Empfänger zu dieser Verwendung von dem Leistenden angehalten werden kann (BSGE 19, 137, 138).“ Siehe ferner BSG, Urt. v. 3.4.1963, 7 RAr 72/61, juris, Rn. 15; Urt. v. 21.5.1963, 7 RAr 76/62, juris, Rn. 8; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 6.11.2009, L 5 AS 221/09, juris, Rn. 18

s auch BSG, Urteil vom 30.6.2005 - B 7a/7 AL 92/04 R, SozR 4-4300 § 194 Nr 9, RdNr 19; Hengelhaupt in *JurisPR-SozR* 27/2005, Anm 2).¹²⁰

Die Entscheidung schließt freilich die Qualifikation als zweckbestimmte Leistung nicht generell aus, sondern verlagert die Anrechnungsfrage auf die Vollzugsebene.¹²¹ Überdies ist im Kontext der Eigenheimzulage, anders als im BayFamGG, keine umfassende Zweckbestimmung vorgesehen.

cc) Bewertung: kein striktes Erfordernis der Zwecksicherung

Während die Gesetzesbegründung für ein striktes Erfordernis der Zwecksicherung streitet, findet sich ein solches im Wortlaut des § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II jedenfalls nicht explizit verankert; dieser lässt vielmehr die ausdrückliche Vorgabe eines Verwendungszweckes genügen („zu einem ausdrücklich genannten Zweck erbracht werden“). Man kann sich freilich auf den Standpunkt stellen, die Leistungserbringung zu einem bestimmten Zweck impliziere eine Zwecksicherung, und damit eine Offenheit des Wortlauts annehmen. Auch dann streitet der hinter der Regelung stehende Zweck, die besondere Zweckbestimmung einer Leistung nicht durch Anrechnung auf SGB-II-Leistungen zu konterkarieren, was im Bund-Länder-Verhältnis überdies von kompetentieller Relevanz ist, für ein weites Verständnis. Zunächst schließt eine Verwendung entsprechend der rechtlich formulierten Zweckbestimmung eine Verwendung zur Deckung von Bedarfen nach dem SGB II aus; in diesem Sinne ließe sich sogar die Gesetzesbegründung relativierend auslegen. Schon die Zweckformulierung vermag überdies einen Verhaltensanreiz zu setzen. Der Sicherung des zweiten Regelungszwecks, Doppelleistungen zu verhindern, trägt im Übrigen die weitere Anforderung Rechnung, dass die Leistung zu einem anderen Zweck gewährt werden muss.

Im vorliegenden Kontext ist vor allem aber folgender Aspekt entscheidend: Ein weites Verständnis ist zur Sicherung des Leistungszwecks jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn hinter dem Verzicht auf die rechtliche Sanktionierung einer nicht auszuschließenden zweckwidrigen Verwendung gewichtige Anliegen des Leistungsrechts stehen. Allen voran zu nennen ist hier das

¹²⁰ BSG, Urt. v. 18.2.2010, B 14 AS 74/08 R, juris, Rn. 19. Siehe auch BSG, Urt. v. 3.3.2009, B 4 AS 38/08 R, juris, Rn. 20; Urt. v. 18.2.2010, B 14 AS 76/08 R, juris, Rn. 16; ferner – für private Zuwendungen – BSG, Urt. v. 20.12.2011, B 4 AS 200/10 R, juris, Rn. 17. Nicht einschlägig – da keine Zweckbestimmung formuliert wurde – ist demgegenüber BSG, Urt. v. 17.10.2013, B 14 AS 58/12 R, juris, Rn. 28: „Da der Gesetzgeber im Rahmen der Berücksichtigung von Einkommen nach dem SGB II grundsätzlich sämtliche Einnahmen erfassen will, gilt dies auch für Zahlungen wie die Schwerstbeschäftigtenzulage, mit der der Betroffene ohne Beachtung irgendeines Zwecks nach Belieben verfahren kann.“ Ebenso BSG, Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 28. Siehe auch BSG, Urt. v. 18.1.2011, B 4 AS 90/10 R, juris, Rn. 23: „Der Versicherte kann, muss jedoch nicht Aufwendungen für den Krankenhausaufenthalt mit dem ausgezahlten Krankentagegeld decken. Der Versicherer nimmt durch die Versicherung keinerlei Einfluss auf die Verwendung des ausgezahlten Betrags.“

¹²¹ Vgl. zur Nachweismöglichkeit auch LSG Hamburg, Beschl. v. 7.7.2005, L 5 B 116/05 ER AS, juris, Rn. 21 f.

Anliegen, den Verwaltungsaufwand in angemessenem Rahmen zu halten. Dies gilt gerade für Verfahren der Massenverwaltung wie beim Familiengeld mit der Leistungsberechtigung von Eltern von 240.000 Kindern. Die Zwecksicherung würde nämlich erfordern, entsprechende behördliche Überwachungsmechanismen einzurichten: in jedem Einzelfall und in diesem über einen Zeitraum von zwei Jahren müsste überprüft werden, ob die Verwendung des Geldes den gesetzlichen Verwendungsmöglichkeiten entspricht. Ist dies nicht der Fall, wären überdies Rückforderungsverfahren durchzuführen. Es liegt auf der Hand, dass dies erhebliche personelle, räumliche und finanzielle Ressourcen binden würde. Hinzu kommt angesichts der Streit anfälligkeit von Rückforderungen ein Aufwand im Kontext etwaiger gerichtlicher Verfahren. Auch die Betroffenen würde die Nachweispflicht – die im Übrigen die private Lebensgestaltung betrifft – nicht unerheblich belasten. Dementsprechend hat auch das LSG Sachsen-Anhalt anerkannt, dass es legitim ist, die Zuwendung rechtlich so zu konstruieren, „um den damit verbundenen Verwaltungsaufwand so gering wie möglich zu halten ... Denn die Gewährung in der Form einer im Sinne des Zuwendungsrechts herkömmlichen zweckgebundenen Leistung wäre mit einem weitaus größeren Verwaltungsaufwand verbunden gewesen. Im Einzelfall wäre dann die zweckentsprechenden Verwendung einer vorab für die Kaufpreiszahlung bewilligten Summe nachzuweisen und zu überprüfen gewesen.“¹²² Der Überwachungsaufwand ist wegen des langen Bezugszeitraums und der Vielfalt und Kleinteiligkeit der Verwendungsmöglichkeiten im Übrigen ungleich höher als in den oben zitierten Fällen der Eigenheimzulage und der Abwrackprämie, die sich auf eine punktuelle Mittelverwendung beziehen. Des Weiteren hat im Kontext des Landesblindengeldes Anerkennung gefunden, dass der Gesetzgeber die konkrete Verwendung offen lassen und auf Nachweise verzichten kann: „Nicht dagegen stellt es das Gesetz darauf ab, ob der Blinde das Landesblindengeld tatsächlich bestimmungsgemäß verwendet. Der Gesetzgeber will dem Blinden offenbar freie Hand lassen und ihn von behördlichen Nachforschungen über die Verwendung des Blindengeldes verschonen.“¹²³ Neben dem Verwaltungsaufwand kann mithin auch der Verzicht auf eine Kontrolle in Fragen der persönlichen Lebensgestaltung legitim sein.

Vor diesem Hintergrund konnte der BayFamGG-Gesetzgeber auf eine Sanktionierung der zweckwidrigen Verwendung verzichten, was auch, um die Leistungsgewährung entsprechend dem BayFamGG nicht zu konterkarieren, für die Auslegung des § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II von Bedeutung sein muss.

¹²² LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 22.9.2009, L 2 AS 315/09 B ER, juris, Rn. 23.

¹²³ OVG Lüneburg, VerwRSpr 1970, S. 1005 (1006). Vgl. auch *U. Geiger*, info also 2011, S. 106 (108 f.).

Diese Problematik des Verwaltungsaufwands würde sich im Übrigen auch stellen, wenn man die striktere Auffassung des Bundessozialgerichts im Urteil zur Eigenheimzulage für übertragbar erachtet, woran Zweifel bestehen, und einen Nachweis gegenüber den für den Vollzug des SGB II zuständigen Behörden fordert.

c) Keine Zweckidentität

Des Weiteren setzt die Anrechnungsfreiheit von Leistungen voraus, dass sie anderen Zwecken als die Grundsicherung für Arbeitsuchende dienen. Gemäß § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II sind die Leistungen „nur so weit als Einkommen zu berücksichtigen, als die Leistungen nach diesem Buch im Einzelfall demselben Zweck dienen“. Gleichsinnig verlangt das Bundessozialgericht, dass die Leistungen „zu einem ausdrücklich genannten Verwendungszweck gewährt werden, der über den durch die Zahlung von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II verfolgten Zweck der Sicherung des Lebensunterhalts hinausgeht.“¹²⁴ Diese Anforderung hat das Bundessozialgericht in seiner Rechtsprechung weiter konkretisiert (aa). Wie der Wortlaut des § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II („so weit“) illustriert, kommt auch eine Teilprivilegierung in Betracht (bb). Bei einem Vergleich der Verwendungszwecke von Arbeitslosengeld II (ALG II) und Familiengeld ergeben sich Überschneidungen von Einzelpositionen (cc). Gleichwohl scheidet eine (Teil-)Anrechnung aus, da ein anderer als ein der Existenzsicherung dienender Bedarf gedeckt werden soll, was zulässig ist (dd).

aa) Konkretisierungen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

Die Zweckidentität verneint hat das Bundessozialgericht für das Landesblindengeld, da dieses einen von der Existenzsicherung zu unterscheidenden Mehraufwand für Blindheit abdeckt:

Während die Sozialhilfe der Sicherung des Lebensunterhaltes dient (§ 1 Abs 1 BSHG/§ 1 Satz 1 und 2 SGB XII), dient das Landesblindengeld nach § 1 Abs 1 GHBG des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW) vom 25. November 1997 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land NRW 1997, 430) dem Ausgleich der durch die Blindheit bedingten Mehraufwendungen (vgl BVerwGE 58, 265 ff).¹²⁵

Eine anderweitige Zweckbestimmung scheidet demgegenüber aus, wenn der Gesetzgeber, wie im Fall des § 51 Abs. 1 StVollzG a.F., ausdrücklich bestimmt, dass die Leistung „den notwendigen Lebensunterhalt des Gefangenen und seiner Unterhaltsberechtigten für die ersten vier Wochen nach seiner Entlassung sichern“ soll.¹²⁶ Ist dem Gesetzgeber eine positive Bestimmung

¹²⁴ BSG, Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 21; ferner BSG, Urt. v. 16.6.2015, B 4 AS 37/14 R, juris, Rn. 29.

¹²⁵ BSG, Urt. v. 11.12.2007, B 8/9b SO 20/06 R, juris, Rn. 16.

¹²⁶ BSG, Urt. v. 28.10.2014, B 14 AS 36/13 R, juris, Rn. 34; ferner BSG, Urt. v. 1.6.2010, B 4 AS 67/09 R, juris, Rn. 20; Urt. v. 16.2.2012, B 4 AS 94/11 R, juris, Rn. 17; Urt. v. 22.8.2013, B 14 AS 78/12 R, juris, Rn. 34.

(notwendiger Lebensunterhalt) möglich, muss auch eine negative Bestimmung (darüber hinausgehender, andersartiger Bedarf) möglich sein. Für eine Anrechnung kann die Lohnersatzfunktion der Leistung sprechen;¹²⁷ eine solche liegt hier allerdings nicht (prägend) vor. Gegen eine existenzsichernde Funktion der Sozialleistung spricht die einkommens- und vermögensunabhängige sowie pauschale Gewährung:

Hinzu kommt aber, dass das Landesblindengeld unabhängig von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen gezahlt wird. Dieser Umstand und die Tatsache, dass es pauschal ohne Rücksicht auf einen im einzelnen Fall nachzuweisenden Bedarf gezahlt wird, lassen nämlich den Schluss zu, dass der Gesetzgeber mit dem Blindengeld nicht allein einen wirklichen oder erfahrungsgemäß vorhandenen wirtschaftlichen Bedarf (typisierend) steuern, sondern mit dem Blindengeld auch Mittel zur Befriedigung laufender und immaterieller Bedürfnisse des Blinden ermöglichen wollte. Hierdurch wird dem Blinden die Gelegenheit eröffnet, sich trotz Blindheit mit seiner Umgebung vertraut zu machen, mit eigenen Mitteln Kontakt zur Umwelt zu pflegen und am kulturellen Leben teilzunehmen (BSG SozR 3-5922 § 1 Nr 1 S 4; BVerwGE 32, 89, 91 f – zur Blindenhilfe). Dabei bleibt es dem Blinden überlassen, welchen blindheitsbedingten Bedarf er mit dem Blindengeld befriedigen will. Art und Umfang des Bedarfs hängen auch von seinen persönlichen Wünschen ab.¹²⁸

Schließlich können Wertungen zur Einkommensanrechnung analog herangezogen werden.¹²⁹ Hier lässt sich auf die Privilegierung des BAföG-Kinderbetreuungszuschlags gemäß § 11a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 SGB II verweisen.

bb) Teilprivilegierung („so weit“)

Der Wortlaut „so weit“ bringt zum Ausdruck, dass die Möglichkeit einer Teilidentität besteht und eine Privilegierung dann nur in dem Umfang greift, wie andere Zwecke als die dem SGB II zugrunde liegenden verfolgt werden. Demnach ist eine Aufteilung zunächst möglich, soweit in eine Gesamtleistung zweckgebundene Teilelemente eingeflossen sind:

Die Anerkennung von Leistungen nach dem BAföG als zweckbestimmte Einnahme im Sinne des § 11 Abs 3 Nr 1 Buchst a SGB II ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil im BAföG ausdrücklich zwei Zweckbestimmungen genannt sind, von denen nur eine (nämlich die Deckung der eigentlichen Ausbildungskosten) eine Privilegierung nach § 11 Abs 3 Nr 1 Buchst a SGB II erfahren kann. § 11 Abs 3 SGB II lässt die nur

¹²⁷ BSG, Urt. v. 5.9.2007, B 11b AS 15/06 R, juris, Rn. 28; Urt. v. 6.12.2007, B 14/7b AS 22/06 R, juris, Rn. 21 f.; Urt. v. 27.2.2008, B 14/7b AS 32/06 R, juris, Rn. 49; Urt. v. 18.2.2010, B 14 AS 76/08 R, juris, Rn. 17.

¹²⁸ BSG, Urt. v. 11.12.2007, B 8/9b SO 20/06 R, juris, Rn. 18. Siehe auch BSG, Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 28.

¹²⁹ BSG, Urt. v. 5.9.2007, B 11b AS 15/06 R, juris, Rn. 28; Urt. v. 18.2.2010, B 14 AS 76/08 R, juris, Rn. 17.

teilweise Berücksichtigung anderweitiger Geldzuflüsse dort zu, wo sich eine gegenüber dem SGB II abweichende Zweckbestimmung unmittelbar aus dem Gesetz ergibt ... Allein aus der Verwendung des Wortes „soweit“ in § 11 Abs 3 Nr 1 SGB II konnte schon aus systematischen Gründen nichts anderes folgen.¹³⁰

Die Aufteilung hat in Ermangelung einer gesetzlichen Ausdifferenzierung anhand objektiver Gesichtspunkte und nicht nach dem subjektiven Ausgabeverhalten des Anspruchstellers zu erfolgen, zumal hierfür auch Notwendigkeiten der Massenverwaltung streiten.¹³¹

Eine Aufspaltung ist aber auch in zeitlicher Hinsicht möglich, wie im Fall eines Überbrückungsgeldes für ehemalige Strafgefangene, das den Lebensunterhalt nur „für die ersten vier Wochen nach Haftentlassung“ decken sollte und „deshalb nur ‚so weit‘ iS des § 11a Abs 3 Satz 1 SGB II als Einkommen zu berücksichtigen [war], soweit auch in zeitlicher Hinsicht die Zweckidentität von Überbrückungsgeld und Alg II reicht.“¹³²

cc) Vergleich der Verwendungszwecke von ALG II und Familiengeld

Ein Vergleich der Verwendungszwecke des Arbeitslosengeldes II (1) und des Familiengeldes (2) ergibt Überschneidungen von Einzelpositionen, wobei das Familiengeld an einen spezifischen, von der Existenzsicherung zu unterscheidenden Bedarf anknüpft (3).

(1) Arbeitslosengeld II

Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II umfasst das ALG II „den Regelbedarf, Mehrbedarfe und den Bedarf für Unterkunft und Heizung.“

Der Regelbedarf dient der Sicherung des Lebensunterhalts; gemäß § 20 Abs. 1 SGB II „umfasst [er] insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf

¹³⁰ BSG, Urt. v. 17.3.2009, B 14 AS 63/07 R, juris, Rn. 27; ferner BSG, Urt. v. 29.3.2007, B 7b AS 2/06 R, juris, Rn. 20; Urt. v. 22.3.2010, B 4 AS 69/09 R, juris, Rn. 31; Urt. v. 15.12.2010, B 14 AS 23/09 R, juris, Rn. 25. In der Literatur: *D. Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 136 (Stand: EL 6/17 Juli 2017). Anders (freilich auch mit Blick auf spezifische Wertungen hinsichtlich der infrage stehenden Verletztenrente) BSG, Urt. v. 6.12.2007, B 14/7b AS 22/06 R, juris, Rn. 23; ferner BSG, Urt. v. 5.9.2007, B 11b AS 15/06 R, juris, Rn. 28.

¹³¹ BSG, Urt. v. 17.3.2009, B 14 AS 63/07 R, juris, Rn. 28. Vgl. auch BVerfGE 100, 195 (205): „Der Gesetzgeber hat allerdings bei der Gewährung von Sozialleistungen, die an die Bedürftigkeit des Empfängers anknüpfen, grundsätzlich einen weiten Spielraum, wenn er Regelungen darüber trifft, ob und in welchem Umfang das Vermögen des Empfängers auf den individuellen Bedarf angerechnet wird. Dies gilt auch für die nähere Ausgestaltung der Vorschriften über die Bestimmung des Werts von Vermögensgegenständen, die auf den Bedarf zur Anrechnung kommen. Dabei kann dem Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität bei der Regelung von Massenerscheinungen eine besondere Bedeutung für die Rechtfertigung dort auftretender Ungleichbehandlung zukommen. Dies setzt aber voraus, daß bei einer Gleichbehandlung erhebliche verwaltungstechnische Schwierigkeiten entstehen würden, die nicht durch einfachere, die Betroffenen weniger belastende Regelungen behoben werden könnten“. Das OVG des Saarlandes (Beschl. v. 21.10.1999, 3 Q 134/99, juris, Rn. 11) hat die Notwendigkeit einer Trennbarkeit angedeutet: „Dafür fehlt es nicht nur an einer konkretisierbaren Aufspaltung der auf die Existenzsicherung des Kindes und die Familienförderung entfallenden Anteile des Kindergeldes“.

¹³² BSG, Urt. v. 28.10.2014, B 14 AS 36/13 R, juris, Rn. 35.

die Heizung und Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile sowie persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens. Zu den persönlichen Bedürfnissen des täglichen Lebens gehört in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft.“

Maßgeblich für die Vergleichsbetrachtung ist – trotz der Anrechnungsregel des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II¹³³ – grundsätzlich nicht der Regelbedarf für Einpersonenhaushalte, da hier kindbedingte Aufwendungen nicht gesondert erfasst sind.¹³⁴ Überschneidungen sind allenfalls insofern denkbar, als Aktivitäten mit Kindern gleichzeitig (bzw. ausschließlich, etwa im Falle üblicher Kostenfreiheit von Dienstleistungen für unter Dreijährige) zu Kosten für Eltern führen (z.B. Zoo- oder Zirkusbesuch). Entsprechende Aufwendungen machen, wie eine Aufschlüsselung des Regelbedarfs zeigt, indes nur einen geringen Anteil des Gesamtregelbedarfs aus (Abteilung 7 und 9–11); dieser Anteil ist überdies um Aufwendungen für eigene Aktivitäten zu bereinigen.

Im Einzelnen besteht der Regelbedarf für Einpersonenhaushalte gemäß § 5 Abs. 1 Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz und der Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2018 aus folgenden Positionen:

Abteilung 1 und 2 (Nahrungsmittel, Getränke, Tabakwaren)	145,04 € ³⁵
Abteilung 3 (Bekleidung und Schuhe)	36,45 €
Abteilung 4 (Wohnen, Energie und Wohnungsinstandhaltung)	36,89 €
Abteilung 5 (Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände, laufende Haushaltsführung)	25,64 €
Abteilung 6 (Gesundheitspflege)	15,80 €
Abteilung 7 (Verkehr)	34,66 €
- Hiervon fremde Verkehrsdienstleistungen 31,20 €	

¹³³ Dieser verteilt das anzurechnende Einkommen auf die Bedarfe aller Familienmitglieder: „Ist in einer Bedarfsgemeinschaft nicht der gesamte Bedarf aus eigenen Kräften und Mitteln gedeckt, gilt jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig, dabei bleiben die Bedarfe nach § 28 außer Betracht.“

¹³⁴ Siehe Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen sowie zur Änderung des Zweiten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 18/9984, S. 40: „Nicht regelbedarfsrelevant ist dagegen die Verbrauchsposition ‚Kinderbetreuung durch Privatpersonen‘, da Alleinlebende keine Kinder im Haushalt haben und bei ihnen in der EVS 2013 für diese Position keine Ausgaben gemessen wurden.“ Siehe ferner ebd., S. 47: „Ausgaben für die Position ‚Kinderbetreuung (ohne Verpflegung) – Kindergärten‘ für hilfebedürftige Personen fallen für Einpersonenhaushalte nicht an.“

¹³⁵ Anmerkung: Die Beträge sind mit Blick auf den für 2018 erhöhten Regelsatz hochgerechnet, um eine Vergleichbarkeit mit dem aktuellen Familiengeld herzustellen.

Abteilung 8 (Nachrichtenübermittlung)	37,20 €
Abteilung 9 (Freizeit, Unterhaltung, Kultur)	39,91 €
- Hiervon Eintrittsgelder, Nutzungsentgelte beim Besuch von Sport- und Freizeitveranstaltungen bzw. -einrichtungen 4,28 €	
- Hiervon sonstige Freizeit- und Kulturdienstleistungen 1,35 €	
Abteilung 10 (Bildungswesen)	1,06 €
- Hiervon Gebühren für Kurse 1,06 €	
Abteilung 11 (Beherbergungs- und Gaststättendienstleistungen)	10,35 €
- Hiervon Speisen und Getränke in Restaurants, Cafés, Eisdielen, an Imbissständen und vom Lieferservice 8,65 €	
Abteilung 12 (Andere Waren und Dienstleistungen)	32,99 €
SUMME	416,00 (aufgerundet)

Im Einzelnen besteht der Regelbedarf für Kinder bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz und der Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2018 aus folgenden Positionen:

Abteilung 1 und 2 (Nahrungsmittel, Getränke, Tabakwaren)	84,13 €
Abteilung 3 (Bekleidung und Schuhe)	38,14 €
Abteilung 4 (Wohnen, Energie und Wohnungsinstandhaltung)	8,92 €
Abteilung 5 (Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände, laufende Haushaltsführung)	13,40 €
Abteilung 6 (Gesundheitspflege)	7,59 €
- Nur pharmazeutische und andere medizinische Erzeugnisse sowie therapeutische Mittel und Geräte erfasst	
Abteilung 7 (Verkehr)	27,14 €
Abteilung 8 (Nachrichtenübermittlung)	13,30 €
Abteilung 9 (Freizeit, Unterhaltung, Kultur)	34,61 €
Abteilung 10 (Bildungswesen)	0,72 €

Abteilung 11 (Beherbergungs- und Gaststättendienstleistungen)	2,27 €
- Hiervon Speisen und Getränke in Restaurants, Cafés, Eisdielen, an Imbissständen und vom Lieferservice 1,83 €	
Abteilung 12 (Andere Waren und Dienstleistungen)	9,79 €
SUMME	240,00 (abgerundet)

Mehrbedarfe sind vorliegend nicht relevant, namentlich § 21 Abs. 3 SGB II, da sich das BayFamGG nicht spezifisch auf Alleinerziehende bezieht.

Vollständig aus dem Regelbedarf ausgeklammert sind Kinderbetreuungskosten. Denn, so die Gesetzesbegründung, „Kinderbetreuungskosten sind in der Regel in Abhängigkeit vom Haushaltseinkommen zu entrichten, für Kinder aus Haushalten, die Leistungen nach dem SGB II oder dem SGB XII beziehen, gelten Befreiungen.“¹³⁶ Kinderbetreuungskosten sind freilich als kommunale Eingliederungsleistung gemäß § 16a Nr. 1 SGB II erstattungsfähig, indes nur dann, wenn sie „für die Eingliederung der oder des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in das Erwerbsleben erforderlich sind“. Diese Aufwendung bleiben freilich bei der Bestimmung der Bedürftigkeit (siehe § 9 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 3 Nr. 3 SGB II) und spiegelbildlich der Einkommensanrechnung gemäß § 19 Abs. 3 SGB II unberücksichtigt¹³⁷. Somit muss diese Eingliederungsleistung beim Vergleich außen vor bleiben.

Überdies besteht ein Anspruch auf Leistungen für Bildung und Teilhabe gemäß § 28 SGB II. Im hier interessierenden Zusammenhang relevant ist der für minderjährige Kinder geleistete Bedarf zur Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft (§ 28 Abs. 1, 7 SGB II). Dieser beträgt gemäß § 28 Abs. 7 Satz 1 SGB II monatlich 10 Euro¹³⁸ und erfasst

1. Mitgliedsbeiträge in den Bereichen Sport, Spiel, Kultur und Geselligkeit,
2. Unterricht in künstlerischen Fächern (zum Beispiel Musikunterricht) und vergleichbare angeleitete Aktivitäten der kulturellen Bildung und
3. die Teilnahme an Freizeiten.¹³⁹

¹³⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen sowie zur Änderung des Zweiten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 18/9984, S. 59.

¹³⁷ Siehe auch *C. Mecke*, in: *Eicher/Luik*, SGB II, § 9, Rn. 24; *J. Neumann*, in: *BeckOK-SozR*, § 9 SGB II, Rn. 9.

¹³⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 23.7.2014 [E 137, 34 (96)] darauf verwiesen, dass „der Umfang des Bildungspakets knapp bemessen [ist], weil nach § 28 Abs. 7 Satz 1 SGB II ein Teilhabebetrag in einer Höhe von monatlich nur 10 € geleistet wird.“

¹³⁹ Siehe hierzu auch BVerfGE 137, 34 (97): „Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die Leistungen im Rahmen des § 28 Abs. 7 Satz 1 SGB II mit bestimmten Verwendungszwecken verknüpft hat. Er

Überdies können gemäß § 28 Abs. 7 Satz 2 SGB II „auch weitere tatsächliche Aufwendungen berücksichtigt werden, wenn sie im Zusammenhang mit der Teilnahme an Aktivitäten nach Satz 1 Nummer 1 bis 3 entstehen und es den Leistungsberechtigten im begründeten Ausnahmefall nicht zugemutet werden kann, diese aus dem Regelbedarf zu bestreiten.“ Hierunter können Zuschüsse zu Fahrtkosten und Ausrüstung fallen.¹⁴⁰ Umstritten ist, ob auch insoweit eine Beschränkung auf 10 € besteht.¹⁴¹

Hinzu kommt die Übernahme der tatsächlichen Aufwendungen für Ausflüge von Kindern, die eine Tageseinrichtung besuchen oder für die Kindertagespflege geleistet wird (§ 28 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Satz 1 Nr. 1 SGB II), und für die Mehraufwendungen für die Teilnahme an einer gemeinschaftlichen Mittagsverpflegung für diese Kinder (§ 28 Abs. 6 SGB II).

(2) Familiengeld

Nach der in Art. 1 Satz 2 BayFamGG verankerten Zweckbestimmung des Familiengeldes „erhalten [Eltern] zugleich den nötigen Gestaltungsspielraum, frühe Erziehung und Bildung der Kinder einschließlich gesundheitsförderlicher Maßnahmen in der jeweils von ihnen gewählten Form zu ermöglichen, zu fördern und insbesondere auch entsprechend qualitativ zu gestalten.“ Satz 3 dieser Vorschrift legt überdies fest, dass es nicht um die Sicherung des existenzsichernden Minimalbedarfs geht, sondern, wie auch in der zuvor zitierten Vorschrift anklingt („entsprechend qualitativ zu gestalten“), um die Einräumung darüber hinausgehender Gestaltungsspielräume.

Die Gesetzesbegründung konkretisiert dies weiter:

... Familien mit Kleinkindern in Bayern ... sollen ... größere ökonomische Gestaltungsfreiräume erhalten.
Mit dem Bayerischen Familiengeld erhalten Eltern für Erziehung, Bildung, Betreuung und Gesundheitsför-

ermöglicht Teilhabe in den Bereichen Sport, Spiel, Kultur und Geselligkeit (Nr. 1), am Unterricht in künstlerischen Fächern wie dem Musikunterricht und vergleichbaren angeleiteten Aktivitäten der kulturellen Bildung (Nr. 2) sowie an Freizeiten (Nr. 3). Das trägt der Freiheit in der Ausrichtung an unterschiedlichen Interessen und Neigungen bei Kindern und Jugendlichen hinreichend Rechnung.“

¹⁴⁰ S. *Luik*, in: Eicher/ders., SGB II, § 28, Rn. 61a. Siehe hierzu auch BVerfGE 137, 34 (96 f.): „Bildungs- und Teilhabeangebote müssen für die Bedürftigen allerdings auch tatsächlich ohne weitere Kosten erreichbar sein. Jedenfalls seit 1. August 2013 werden nach § 28 Abs. 7 Satz 2 SGB II weitere, mit dem Bildungspaket zusammenhängende tatsächliche Aufwendungen berücksichtigt. Zwar ist die Norm lediglich als Ermessensvorschrift ausgestaltet und die Gesetzesbegründung zielt vorrangig auf die Finanzierung der nötigen Ausrüstung (Musikinstrumente, Schutzkleidung bei bestimmten Sportarten; BTDrucks 17/12036, S. 7f.). Die Vorschrift ist jedoch einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich, womit die Sozialgerichte sicherstellen können, dass ein Anspruch (oben C I 1) auf Fahrtkosten zu derartigen Angeboten besteht.“

¹⁴¹ So StMAS, Rundschreiben „Teilhabebedarf nach §§ 28 Abs. 7 SGB II (ggf. i.V.m. § 6b BKGG). 34 Abs. 7 SGB XII“, S. 18 f., abrufbar unter https://www.stmas.bayern.de/imperia/md/content/stmas/stmas_inet/grundsicherung/3.11.2.2_161121-ams-teilhabebedarf.pdf (19.9.2018); a.A. S. *Luik*, in: Eicher/ders., SGB II, § 28, Rn. 61a; vgl. ferner, auch zur Problematik, G. *Becker*, Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, § 29 SGB II, Rn. 66.

derung ihrer Kinder mehr Möglichkeiten als bislang ... Dabei sollen Eltern in noch größerem Maße Motivation und Möglichkeit erhalten, ihren Kindern einen guten Start ins Leben zu ermöglichen. Familiengeld dient somit nicht der Existenzsicherung, sondern darüber hinausgehenden Bedarfen (vgl. im Einzelnen auch nachstehend) ...

Der Staat hat zum einen die verfassungsrechtlich verankerte Aufgabe, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form zu ermöglichen und zu fördern (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 10. November 1998, Aktenzeichen 2 BvR 1057/91, 2 BvR 1226/91, 2 BvR 980/91; vgl. auch Art. 126 Abs. 1 Bayerische Verfassung). Deshalb verbessert die nunmehr gewährte Leistung die Wahlfreiheit von Vätern und Müttern. Ob externe oder familieninterne Betreuung, Finanzierung von Elternbeiträgen für eine Tageseinrichtung oder Kindertagespflege, zur Unterstützung einer Elterninitiative, ob Betreuung bei Vater oder Mutter, durch Großeltern oder andere Personen, ob Ganztagsangebot oder stundenweise Inanspruchnahme, all diese Optionen sollen sich im Interesse von Vielfalt und Wahlfreiheit idealerweise ergänzen und anfallende Kosten durch das Familiengeld gegenfinanziert oder zumindest reduziert werden ...

Mit der Leistung wird zugleich auch maßgeblich die frühe Bildung von Kindern unterstützt: Denn die ersten drei Lebensjahre sind das Alter, in dem Kinder so viel und so schnell lernen, wie sonst kaum mehr. Für ihre Entwicklung brauchen sie deshalb eine lernanregende und ihre Kompetenzen stärkende Umgebung. Dazu zählt u. a. die Stärkung der Sprachentwicklung in den ersten Lebensjahren, aber auch Musik (z. B. Klangschalen, Schellen, Xylophon, Holzblocktrommeln etc.) ist sehr gut geeignet, kommunikative Kompetenzen zu stärken. Für die Stärkung der körperbezogenen Kompetenzen unterstützen Bewegungsspiele und freie Bewegungsräume wie Kletterhäuser, Spielpodeste, Kriechrohre etc. die motorische Entwicklung.

Das Geld sollte insbesondere auch für Elternkurse zur Stärkung der Bindungs- und Erziehungsfähigkeit der Eltern sowie für Kinderkurse zur Bildung der Kinder wie Kleinkinderschwimmen, Musikerziehung, besondere größere Ausflüge oder Bildungsunternehmungen zur Verfügung stehen. Damit wird mit dem Bayerischen Familiengeld ein wesentlicher Beitrag zur Frühentwicklung des Kindes geleistet.

Auch Aufwendungen zu einer besonderen Gesundheitsfürsorge (zusätzliche Untersuchungen, gesunde, aufwändigere Ernährung, Kennenlernen besonderer frischer Lebensmittel) sind Zweck des Familiengeldes.¹⁴²

(3) Zwischenergebnis

Vergleicht man die Verwendungszwecke des Familiengeldes mit den im Kontext des ALG II berücksichtigten Positionen des Regelbedarfs sowie der Leistungen für Bildung und Teilhabe, ergeben sich partielle Überschneidungen, namentlich mit dem Bedarf für Unterricht in künstlerischen Fächern (zum Beispiel Musikunterricht) und vergleichbare angeleitete Aktivitäten der kulturellen Bildung (§ 28 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 SGB II – 10 € u.U. zzgl. akzessorische Aufwendungen, die in der fraglichen Altersgruppe indes kaum anfallen dürften) sowie für Ausflüge (§ 28 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Satz 1 Nr. 1 SGB II) und für Mehraufwendungen für die Teilnahme

¹⁴² Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 32.

an einer gemeinschaftlichen Mittagsverpflegung (§ 28 Abs. 6 SGB II) und mit den Regelbedarfspositionen für Verkehr (Abteilung 7 – 27,14 €, anteilig), Freizeit, Unterhaltung, Kultur (Abteilung 9 – 34,61 €), Bildungswesen (Abteilung 10 – 2,27 €), Beherbergungs- und Gaststättendienstleistungen (Abteilung 11 – 0,72 €). Hinzu kommt eine geringfügige Überschneidung mit familienbedingten Aufwendungen der Eltern, die in deren Regelsatz enthalten sind.

Von vornherein nicht vom Regelbedarf erfasst sind Kinderbetreuungskosten. Angesichts der Beschreibung der Regelbedarfspositionen ergeben sich ebenfalls keine Überschneidungen bei der Gesundheitspflege (Abteilung 6), da der Regelbedarf nur pharmazeutische und andere medizinische Erzeugnisse sowie therapeutische Mittel und Geräte erfasst, das Familiengeld indes insoweit auf zusätzliche Untersuchungen zielt. Fraglich ist auch, ob eine Überschneidung hinsichtlich der Regelbedarfsposition für Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren (Abteilung 1 und 2 – 84,13 €) angenommen werden kann, da der vom Familiengeld erfasste Bedarf („gesunde, aufwändigere Ernährung, Kennenlernen besonderer frischer Lebensmittel“) sich von vornherein (anders als etwa ein Zirkus- oder Tiergartenbesuch) nicht mit dem zur Existenzsicherung notwendigen Bedarf deckt.

Der Vergleich ergibt damit zunächst, dass hinsichtlich etwaiger Überschneidung allenfalls eine gegenständliche Teilidentität angenommen werden kann, die auch betragsmäßig nur einen Teil des Familiengeldes i.H.v. 250 bzw. 300 € ausmacht.

Unabhängig davon ist freilich festzuhalten, dass nicht der dem SGB II zugrunde liegende existenzsichernde Bedarf gedeckt werden soll, sondern ein hiervon zu unterscheidender Bedarf, wie die zitierten Art. 1 Sätze 2 und 3 BayFamGG sowie die Gesetzesbegründung deutlich zum Ausdruck bringen.

dd) Keine Zweckidentität bei Deckung eines von der Existenzsicherung
zu unterscheidenden Bedarfs

Die für die Anrechnung entscheidende Frage ist mithin, ob die Absicht des Gesetzgebers, einen anderen als den existenzsichernden Bedarf zu decken, auch bei einer (Teil-)Überschneidung von Verwendungsmöglichkeiten eine anderweitige Zwecksetzung begründet oder ob dies als zweckidentisch bzw. unangemessen, da über das ALG-II-Niveau hinausgehend, ausscheidet.

(1) Kasuistik

Eine restriktive Linie i.S.e. Angemessenheitsvorbehalts klingt zunächst im Urteil des Bundessozialgerichts vom 1.6.2010 zu Sozialversicherungsbeiträgen an:

Das Überbrückungsgeld des § 57 SGB III ist auch nicht deswegen im Hinblick auf seine Zweckbestimmung anders zu beurteilen als der Existenzgründungszuschuss des § 4211 SGB III, weil in § 57 Abs 1 SGB III zugleich auch die Funktion der „sozialen Sicherung“ genannt wird. Die Benennung eines Verwendungszwecks in einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift alleine führt nicht dazu, eine Leistung nach § 11 Abs 3 Nr 1 Buchst a SGB II von der Einkommensberücksichtigung nach dem SGB II auszunehmen, denn auch der Leistungsanteil „soziale Sicherung“ des Überbrückungsgeldes findet sein Pendant in der Grundsicherungsleistung. Insoweit liegt ebenfalls Zweckidentität der Leistungen vor.

Die soziale Absicherung von Alg II-Empfängern ist eine Annex-Leistung zu der Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts. Alg II-Bezieher sind in der gesetzlichen Kranken- und Renten- sowie der sozialen Pflegeversicherung pflichtversichert, soweit sie nicht ausnahmsweise auf Grund vorhergehender Befreiungstatbestände hiervon ausgenommen sind ... Das Alg II umfasst neben der Regelleistung die Beiträge zu den zuvor benannten Versicherungszweigen (BT-Drucks 15/1516, S 55). Die soziale Absicherung im SGB II erfolgt mithin durch die vom Grundsicherungsträger gezahlten Pflichtbeiträge und dient damit demselben Zweck wie die von dem Übergangsgeldbezieher gezahlten freiwilligen Beiträge.

... Bis zum 1.8.2006 und heute – soweit Hilfebedürftigkeit nicht nur durch die Beitragszahlung eintritt – sind, wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, die freiwilligen Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung während des Alg II-Bezugs vom Leistungsempfänger selbst zu tragen. Die Zahlung freiwilliger Beiträge während des Alg II-Bezugs ist nicht zur Existenzsicherung erforderlich, sodass es systemwidrig wäre, sie gleichwohl von der Berücksichtigung des zur Sicherung des Lebensunterhalts einzusetzenden Einkommens als zweckbestimmten Einnahmeanteil auszunehmen. Insoweit ist ein Gleichklang mit der spiegelbildlichen Vorschrift des § 11 Abs 2 Nr 3 SGB II herzustellen. Auf Grund der während des Leistungsbezugs bestehenden Pflichtversicherung handelt es sich bei den freiwilligen Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung nicht um angemessene Beiträge iS des § 11 Abs 2 Nr 3 SGB II; sie könnten also auch nicht vom Einkommen vor dessen Berücksichtigung in Abzug gebracht werden.¹⁴³

Offener führt das Bundessozialgericht sodann allerdings zur Rentenversicherung aus:

Grundsätzlich gilt für die Beiträge zur freiwilligen Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung nichts anderes. Mit dem Alg II-Bezug tritt nach § 3 Satz 1 Nr 3 Buchst a SGB VI Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung ein. Die Kompensationsmöglichkeiten des § 26 Abs 1 SGB II sind jedoch im Hinblick auf die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung deutlich eingeschränkter als bei den Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung. Inwieweit hieraus eine andere Behandlung als die der Beiträge zur freiwilligen Kranken- und Pflegeversicherung zu folgen hat (vgl den Sachverhalt des Urteils des 14. Senats des BSG vom 6.12.2007 – B 14/7b AS 16/06 R – BSGE 99, 240, 247 = SozR 4-4200 § 11 Nr 8), konnte der Senat hier jedoch dahinstehen lassen. Die Klägerin zu 1 hat nach den Feststellungen des LSG keine Beiträge zur Rentenversicherung entrichtet.¹⁴⁴

¹⁴³ BSG, Urt. v. 1.6.2010, B 4 AS 67/09 R, juris, Rn. 21 ff.

¹⁴⁴ BSG, Urt. v. 1.6.2010, B 4 AS 67/09 R, juris, Rn. 24.

Und für die Arbeitslosenversicherung hat das Bundessozialgericht ausgeführt:

Für die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung gilt etwas anderes. Die grundsätzliche Unbestimmtheit im Hinblick auf den Verwendungszweck der „sozialen Sicherung“, wie sie der 14. Senat zum Existenzgründungszuschuss ausführlich dargelegt hat, betrifft zwar den gesamten Teil „soziale Sicherung“ der Leistung „Überbrückungsgeld“, einschließlich seines Einsatzes zur Sicherung als Selbstständiger in der Arbeitslosenversicherung (BSG Urteil vom 6.12.2007 - B 14/7b AS 16/06 R – BSGE 99, 240, 247 = SozR 4-4200 § 11 Nr 8). Daher ist auch insoweit nicht von einer zweckbestimmten Einnahme auszugehen, selbst dann nicht, wenn tatsächlich freiwillig Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichtet werden. Da andererseits Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung mit dem Alg II-Bezug nicht eintritt und durch die Entrichtung von freiwilligen Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung ein zeitnaher Anspruch auf eine andere Sozialleistung aufgebaut werden kann, handelt es sich bei freiwilligen Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung um dem Grunde nach angemessene Beiträge iS des § 11 Abs 2 Nr 3 SGB II, die vom Einkommen vor dessen Berücksichtigung abgesetzt werden können.¹⁴⁵

Eine Verallgemeinerungsfähigkeit der Entscheidung in dem Sinne, dass vom ALG II dem Grunde nach erfasste Positionen nicht durch zusätzliche Leistungen ergänzt werden dürfen und eine Zweckidentität nur bei der Deckung sonstiger Bedarfe entfällt, ist fraglich.¹⁴⁶ Hiergegen spricht schon, dass diese singuläre Entscheidung auf spezifischen gesetzgeberischen Vorgaben beruht, nämlich dem Angemessenheitserfordernis in der Regelung zu Absetzbeträgen (heute § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II) sowie der Zuschussregelung des § 26 SGB II. Zudem klingt im Kontext der Rentenversicherung die Möglichkeit von Ausnahmen an, für die auch das Ausmaß der Kompensation entscheidend ist.¹⁴⁷ Gegen einen allgemeinen Angemessenheitsvorbehalt spricht im Übrigen auch die Neufassung der Anrechnungsregelung in § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II. Denn anders als seine Vorgängerfassung verzichtet er auf eine Angemessenheitsklausel; § 11 Abs. 3 Nr. 1 lit. a SGB II a.F. hat demgegenüber noch gefordert, dass die zweckbestimmten und nicht zweckidentischen Leistungen „die Lage des Empfängers nicht so günstig beeinflussen [dürfen], dass daneben Leistungen nach diesem Buch nicht gerechtfertigt wären“. Ein derartiger Vorbehalt findet sich in § 11a SGB II überdies nur für die von dessen Absatz 5 erfassten Zuwendungen.

¹⁴⁵ BSG, Urt. v. 1.6.2010, B 4 AS 67/09 R, juris, Rn. 25.

¹⁴⁶ Offen die Formel von *D. Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 132 (Stand: EL 6/17 Juli 2017): „Einnahme [soll] dem Grunde nach denselben Bedarf decken ... wie die Leistungen nach dem SGB II ... Das ist der Fall, wenn für die gleichen Anforderungen, für die die zweckbestimmte Leistung gewährt wird, Bedarfe/Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende vorgesehen sind“.

¹⁴⁷ Vgl. auch BSG, Urt v. 6.12.2007, B 14/7b AS 16/06 R, juris, Rn. 21.

Für private Zuwendungen hat das Bundessozialgericht in einem Urteil vom 20.12.2011 des Weiteren die Anrechnungsfreiheit von Leistungen, die einen über das Existenzminimum hinausgehenden Lebensstandard sichern sollen, verneint: „Unabhängig davon handelt es sich bei der Motivation, der Klägerin im Ergebnis einen oberhalb des Existenzminimums angesiedelten Lebensstandard zu verschaffen, auch nicht um einen gegenüber dem mit der Gewährung von SGB II-Leistungen verfolgten Zielen qualitativ abweichenden Zweck.“¹⁴⁸ Jedenfalls im Ergebnis gegenläufig hat das LSG Rheinland-Pfalz entschieden:

Nach der Zweckbestimmung der Eltern soll der Zuschuss gerade nicht der allgemeinen Sicherung des Lebensunterhalts der Klägerin dienen, sondern ihr ermöglichen, trotz der Beschränkung der Unterkunftskosten durch die Beklagte, die bisherige – nach den gesetzlichen Bestimmungen unangemessene – Wohnung beizubehalten. Diese Zweckbestimmung würde vereitelt, wenn der Zuschuss als Einkommen bei der Bedarfsberechnung nach dem SGB II angerechnet würde.¹⁴⁹

Unabhängig von der Frage einer Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu privaten Zuwendungen auf vom Sozialleistungsgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenzen gewährte Leistungen lassen sich die beiden Entscheidungen jedoch dann vereinbaren, wenn man zwischen Zuwendungen unterscheidet, die unspezifisch der Deckung des (auf welchem Niveau auch immer liegenden) Lebensstandards dienen und daher anzurechnen sind (Bundessozialgericht), und solchen, die auf eine spezifische Bedarfslage reagieren und daher nicht anzurechnen sind. Dieser Ansatz liegt auch der sonstigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zugrunde, wie eine Kontrastierung der einleitend zitierten Urteile zum Blindengeld vom 11.12.2007¹⁵⁰ einerseits und zum Überbrückungsgeld für Strafgefangene gemäß § 51 Abs. 1 StVollzG a.F. vom 28.10.2014¹⁵¹ andererseits bestätigt (siehe oben, IV.2.c.aa). In Ersterem wird die fehlende Zweckidentität folgendermaßen begründet:

Während die Sozialhilfe der Sicherung des Lebensunterhaltes dient (§ 1 Abs 1 BSHG/§ 1 Satz 1 und 2 SGB XII), dient das Landesblindengeld nach § 1 Abs 1 GHBG des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW) vom 25. November 1997 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land NRW 1997, 430) dem Ausgleich der durch die Blindheit bedingten Mehraufwendungen (vgl BVerwGE 58, 265 ff).¹⁵²

¹⁴⁸ BSG, Urt. v. 20.12.2011, B 4 AS 200/10 R, juris, Rn. 17.

¹⁴⁹ LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 6.11.2009, L 5 AS 221/09, juris, Rn. 20.

¹⁵⁰ BSG, Urt. v. 11.12.2007, B 8/9b SO 20/06 R, juris, Rn. 16.

¹⁵¹ BSG, Urt. v. 28.10.2014, B 14 AS 36/13 R, juris, Rn. 34.

¹⁵² BSG, Urt. v. 11.12.2007, B 8/9b SO 20/06 R, juris, Rn. 16. Vgl. ferner für das Pflegegeld nach § 39 SGB VIII BSG, Urt. v. 29.3.2007, B 7b AS 12/06 R, juris, Rn. 17 ff.

Dementsprechend hat das Bundessozialgericht auch Zuwendungen, die den Mehraufwand für das Weihnachtsfest decken sollen, als nicht anrechnungsfähig erachtet.¹⁵³ Und im Kontext des Ausbildungsgeldes hat das Bundessozialgericht anerkannt, dass die Gewährung einer neben der SGB III-Leistung „zu zahlenden zusätzlichen (pauschalen) Mehraufwandsentschädigung“ möglich ist, wobei in casu keine Anhaltspunkte hierfür bestanden.¹⁵⁴ Auch das (zunächst anrechnungsfrei gestellte) Mindestelterngeld hat das Bundessozialgericht nicht der Existenzsicherung zugerechnet:

Dem Mindestelterngeld liegt – anders als den existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII – keine realitätsgerechte und schlüssige sachlich differenzierte Berechnung der ggf besonderen Bedarfe der Gruppe der Eltern zur Festlegung des Existenzminimums zugrunde. Es handelt sich um eine über die bloße Existenzsicherung hinausgehende Leistung, mit der verschiedene Zielsetzungen verfolgt werden.¹⁵⁵

In all diesen Entscheidungen hat der Umstand, dass die Mittel auch für Gegenstände und Leistungen eingesetzt werden können, die sich mit dem Grunde nach von SGB-II-Leistungen gedeckten Positionen überschneiden, nicht zur Annahme der Zweckidentität geführt.

Auch im Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zur Anrechnung des Kindergeldes ist eine hinreichende Zweckbestimmung gerade daran gescheitert, dass kein über die Existenzsicherung hinausgehender Mehrbedarf gedeckt werden sollte:

Eine ausschließliche gesetzliche Zweckbestimmung dahingehend, dass das Kindergeld, soweit es der Familienförderung dient, nicht für den notwendigen Lebensunterhalt des Kindes, sondern ausschließlich für darüber hinausgehende Aufwendungen (z.B. für Wünschenswertes oder Annehmlichkeiten) verwandt werden soll, kann also nicht festgestellt werden. Dafür fehlt es nicht nur an einer konkretisierbaren Aufspaltung der auf die Existenzsicherung des Kindes und die Familienförderung entfallenden Anteile des Kindergeldes (Konkretheit der Zweckbestimmung), sondern bei Bezug von Hilfe zum Lebensunterhalt besteht gerade ein Bedarf, das Kindergeld im Sinne seiner primären Zweckbestimmung der Existenzsicherung zu verwenden (vgl. OVG Saarlouis vom 21.10.1999 Az. 3 Q 134/99).¹⁵⁶

¹⁵³ BSG, Urt. v. 21.5.1963, 7 RAr 76/62, juris, Rn. 8. Vgl. im Übrigen auch BSG, Urt. v. 3.4.1963, 7 RAr 72/61, juris, Rn. 15: „Diese Beihilfen sind nach den Willen des Gesetzgebers Sozialleistungen besonderer Art. In bewußter Abkehr von dem Gedanken des Fürsorgerechts (Bedürftigkeit) sind sie dazu bestimmt, der Familie des einberufenen Wehrpflichtigen eine den bisherigen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende Lebenshaltung zu ermöglichen“.

¹⁵⁴ BSG, Urt. v. 23.3.2010, B 8 SO 17/09 R, juris, Rn. 25. Vgl. auch BSG, Urt. v. 12.2.1980, 7 RAr 13/79, juris, Rn. 20.

¹⁵⁵ BSG, Urt. v. 26.7.2016, B 4 KG 2/14 R, juris, Rn. 28.

¹⁵⁶ BayVGH, Urt. v. 26.7.2001, 12 B 97.3825, juris, Rn. 11.

Die Nichtanrechnung von über den SGB-II-Mindestbedarf hinausgehenden Leistungen hat auch das LSG Schleswig-Holstein für Zuwendungen aus der Mutter-Kind-Stiftung ausdrücklich anerkannt:

In Abgrenzung zu anderen Sozialleistungen sind die Leistungen der Stiftung „ergänzende Hilfen“ (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 MuKStiftG), die über diejenigen der bestehenden Sozialgesetze hinausgehen und die der schwangeren Frau in einer Notlage die Fortsetzung der Schwangerschaft erleichtern sollen. Gemäß dieser Zweckbestimmung sind Stiftungsleistungen nicht dafür gedacht, den Mindestbedarf nach dem SGB II zu decken, sondern der Empfängerin die Befriedigung von darüber hinausgehenden Wünschen zu ermöglichen (so bereits VG Braunschweig zum BSHG, Urteil vom 9. November 1989 – 4 A 4120/89, info also 1999, 94). Deshalb ist es auch unerheblich, ob der werdenden Mutter vor Leistungen nach dem SGB II Gelder der Stiftung zugeflossen sind oder ob dies im Nachhinein der Fall war. Eine Anrechnung darf auch bei der Auszahlung der Stiftungsmittel vor der Gewährung von Sozialleistungen gemäß § 5 Abs. 2 MuKStiftG nicht erfolgen. Da die Stiftungsmittel werdenden Müttern neben dem Rechtsanspruch nach dem SGB II zur Verfügung stehen sollen, ist es unerheblich, welche Leistung zuerst gewährt wurde. Der Zweck, dass beide Leistungen die werdenden Mütter erreichen sollen, würde unterlaufen, wenn die Reihenfolge der Anträge oder auch der Leistungen zu für die Betroffenen unterschiedlichen Ergebnissen führen würde.

Nach § 5 Abs. 2 MuKStiftG bleiben Leistungen der Stiftung für die Erstausrüstung des Kindes als Einkommen unberücksichtigt, wenn bei Sozialleistungen aufgrund von Rechtsvorschriften die Gewährung oder die Höhe dieser Leistung von anderem Einkommen abhängig ist. Stiftungsleistungen dürfen also weder dem Grunde noch der Höhe nach angerechnet werden. Wollte man die Stiftungsleistungen als bedarfsdeckend für die Erstausrüstung des Kindes ansehen, würde dies eine Anrechnung dem Grunde nach darstellen und es liefe zudem dem Stiftungszweck („ergänzende Hilfen“) zuwider. Aus § 5 Abs. 2 MuKStiftG „ergibt sich eindeutig, dass Leistungen aus der Stiftung nicht die Träger anderer Sozialleistungen entlasten sollen. Vielmehr sollen die aus der Stiftung gewährten Leistungen der werdenden Mutter zusätzlich, d. h. über den nach dem Zweiten (SGB II) oder dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) anzuerkennenden Bedarf hinaus zur Verfügung stehen. Die zweckbestimmten Leistungen aus der Stiftung sind auch nicht dafür gedacht, den Mindestbedarf gemäß dem SGB II oder SGB XII zu decken“ (Stellungnahme der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 17, 3603). Aufgrund dieser ausdrücklichen gesetzlichen Regelung werden Leistungen aus der Stiftung anders behandelt als beispielsweise Zuwendungen von Freunden oder Verwandten (z. B. Schenkung eines Kinderwagens), die einen Bedarf nach dem SGB II ausschließen können (vgl. Bundessozialgericht, ebenda; LSG Hamburg, Urteil vom 15. März 2012, L 4 AS 40/09, in juris).¹⁵⁷

(2) Bewertung

In Einklang mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist zwischen allgemein der Sicherung des Lebensunterhalts dienenden Sozialleistungen einerseits und Sozialleistungen, die

¹⁵⁷ LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 13.6.2013, L 13 AS 52/11, juris, Rn. 30 f.

an hiervon zu unterscheidende, spezifische Bedarfslagen anknüpfen, andererseits zu differenzieren. Zweckidentisch und folglich gemäß § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II anzurechnen sind nur die zuerst genannten Sozialleistungen. Andernfalls liegt ein sich vom existenzsichernden Zweck der SGB-II-Leistungen zu unterscheidender Zweck vor, der – entsprechend dem Regelungsanliegen des § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II (dazu oben, IV.2.) – nicht durch eine Anrechnung konterkariert werden darf. Im Bund-Länder-Verhältnis ist dies mit Blick auf die Befugnis des Landesgesetzgebers, in seinen Zuständigkeitsbereich fallende Sozialleistungen nach eigenem Ermessen auszugestalten,¹⁵⁸ auch kompetentiell von besonderer Bedeutung.

Eine sich von der Existenzsicherung unterscheidende, spezifische Bedarfslage liegt beim Familiengeld in Gestalt des erziehungs- und kindbedingten (Mehr-)Bedarfs vor. Art. 1 Sätze 1 ff. BayFamGG bestimmen insoweit:

¹In Weiterentwicklung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes erhalten Eltern mit dem Bayerischen Familiengeld eine vom gewählten Lebensmodell der Familie unabhängige, gesonderte Anerkennung ihrer Erziehungsleistung. ²Eltern erhalten zugleich den nötigen Gestaltungsspielraum, frühe Erziehung und Bildung der Kinder einschließlich gesundheitsförderlicher Maßnahmen in der jeweils von ihnen gewählten Form zu ermöglichen, zu fördern und insbesondere auch entsprechend qualitativ zu gestalten. ³Das Familiengeld dient damit nicht der Existenzsicherung.

Die Gesetzesbegründung konkretisiert dies weiter:

Mit dem Bayerischen Familiengeld erhalten Eltern für Erziehung, Bildung, Betreuung und Gesundheitsförderung ihrer Kinder mehr Möglichkeiten als bislang ... Familiengeld dient somit nicht der Existenzsicherung, sondern darüber hinausgehenden Bedarfen ... Deshalb verbessert die nunmehr gewährte Leistung die Wahlfreiheit von Vätern und Müttern. Ob externe oder familieninterne Betreuung, Finanzierung von Elternbeiträgen für eine Tageseinrichtung oder Kindertagespflege, zur Unterstützung einer Elterninitiative, ob Betreuung bei Vater oder Mutter, durch Großeltern oder andere Personen, ob Ganztagsangebot oder stundenweise Inanspruchnahme, all diese Optionen sollen sich im Interesse von Vielfalt und Wahlfreiheit idealerweise ergänzen und anfallende Kosten durch das Familiengeld gegenfinanziert oder zumindest reduziert werden ...

Mit der Leistung wird zugleich auch maßgeblich die frühe Bildung von Kindern unterstützt: Denn die ersten drei Lebensjahre sind das Alter, in dem Kinder so viel und so schnell lernen, wie sonst kaum mehr. Für ihre Entwicklung brauchen sie deshalb eine lernanregende und ihre Kompetenzen stärkende Umgebung. Dazu zählt u. a. die Stärkung der Sprachentwicklung in den ersten Lebensjahren, aber auch Musik (z. B. Klangschalen, Schellen, Xylophon, Holzblocktrommeln etc.) ist sehr gut geeignet, kommunikative Kompetenzen

¹⁵⁸ Siehe zum (weiten) Ermessensspielraum des Gesetzgebers hinsichtlich der Gewährung über das Existenzminimum hinausgehender Leistungen auch BVerfGE 82, 60 (80); Beschl. v. 24.10.1991, 1 BvR 1159/91, juris, Rn. 11; NJW 2010, S. 2866 (2867).

zu stärken. Für die Stärkung der körperbezogenen Kompetenzen unterstützen Bewegungsspiele und freie Bewegungsräume wie Kletterhäuser, Spielpodeste, Kriechrohre etc. die motorische Entwicklung.

Das Geld sollte insbesondere auch für Elternkurse zur Stärkung der Bindungs- und Erziehungsfähigkeit der Eltern sowie für Kinderkurse zur Bildung der Kinder wie Kleinkinderschwimmen, Musikerziehung, besondere größere Ausflüge oder Bildungsunternehmungen zur Verfügung stehen. Damit wird mit dem Bayerischen Familiengeld ein wesentlicher Beitrag zur Frühentwicklung des Kindes geleistet.

Auch Aufwendungen zu einer besonderen Gesundheitsfürsorge (zusätzliche Untersuchungen, gesunde, aufwändigere Ernährung, Kennenlernen besonderer frischer Lebensmittel) sind Zweck des Familiengeldes.¹⁵⁹

In diesem Sinne hat auch das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Betreuungsgeld vom 21.7.2015 herausgearbeitet, dass staatliche Fürsorgeleistungen nicht nur an eine existenzgefährdende Bedürftigkeit anknüpfen können, sondern auch an eine hiervon zu unterscheidende „Bedarflage im Sinne einer mit besonderen Belastungen ... einhergehenden Lebenssituation ..., auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt“; hierzu rechnet „die Belastung von Familien mit Kleinkindern und eine damit verbundene besondere Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit“.¹⁶⁰ Liegt eine besondere, von der Sicherung des allgemeinen Lebensunterhalts zu unterscheidende Bedarfslage vor, an die die Sozialleistung anknüpft, verfolgt letztere auch einen im Sinne der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts von der Existenzsicherung qualitativ abweichenden Zweck. In diesem Fall ist es mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts unerheblich, dass die Mittel auch für Gegenstände und Leistungen eingesetzt werden können, die sich mit dem Grunde nach von SGB-II-Leistungen gedeckten Positionen überschneiden.

Auch weitere in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts anerkannte Indizien gegen eine Zweckidentität liegen vor (siehe bereits oben, IV.2.c.aa), nämlich die einkommens- und vermögensunabhängige Gewährung, die pauschale und bedarfsunabhängige Bestimmung der Leistungshöhe und das Fehlen einer prägenden Lohnersatzfunktion. Die anderweitige Zwecksetzung spiegelt sich im Übrigen auch in der Höhe des Familiengeldes wieder, die für die ersten beiden Kinder dem gesamten Regelbedarf zuzüglich des Betrags für Bildung und Teilhabe gemäß § 28 Abs. 7 Satz 1 SGB II entspricht und ab dem dritten Kind darüber hinausgeht.

Die Zweckidentität des Familiengeldes ist vor diesem Hintergrund analog zur Qualifikation des Blindengeldes im Urteil des Bundessozialgerichts vom 11.12.2007 verneinen.¹⁶¹

¹⁵⁹ Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung – Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2017/2018 (2. Nachtragshaushaltsgesetz 2018 – 2. NHG 2018), LT-Drs. 17/22033, Anlage, S. 32.

¹⁶⁰ BVerfGE 140, 65 (78 f.).

¹⁶¹ BSG, Urt. v. 11.12.2007, B 8/9b SO 20/06 R, juris, Rn. 16, 18.

Festgehalten sei schließlich, dass die frühkindliche Förderung Bildungs- und Startchancen der Kinder von Hilfsbedürftigen erhöht und damit auch zur Vermeidung späterer Hilfsbedürftigkeit im Sinne des SGB II beträgt. Für schulpflichtige Kinder hat das BVerfG dies besonders deutlich herausgearbeitet:

Ein zusätzlicher Bedarf ist vor allem bei schulpflichtigen Kindern zu erwarten. Notwendige Aufwendungen zur Erfüllung schulischer Pflichten gehören zu ihrem existentiellen Bedarf. Ohne Deckung dieser Kosten droht hilfebedürftigen Kindern der Ausschluss von Lebenschancen, weil sie ohne den Erwerb der notwendigen Schulmaterialien, wie Schulbücher, Schulhefte oder Taschenrechner, die Schule nicht erfolgreich besuchen können. Bei schulpflichtigen Kindern, deren Eltern Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch beziehen, besteht die Gefahr, dass ohne hinreichende staatliche Leistungen ihre Möglichkeiten eingeschränkt werden, später ihren Lebensunterhalt aus eigenen Kräften bestreiten zu können. Dies ist mit Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG nicht vereinbar.¹⁶²

3. Anrechnung des Familiengeldes gemäß § 10 Abs. 1, 5 BEEG

§ 10 Abs. 1 und 5 BEEG enthalten gegenüber § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II vorrangige (Nicht-)Anrechnungsregelungen:

(1) Das Elterngeld, das Betreuungsgeld und jeweils vergleichbare Leistungen der Länder sowie die nach § 3 oder § 4c auf die jeweilige Leistung angerechneten Einnahmen oder Leistungen bleiben bei Sozialleistungen, deren Zahlung von anderen Einkommen abhängig ist, bis zu einer Höhe von insgesamt 300 Euro im Monat als Einkommen unberücksichtigt.

(5) ¹Die Absätze 1 bis 4 gelten nicht bei Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch, dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch und § 6a des Bundeskindergeldgesetzes. ²Bei den in Satz 1 bezeichneten Leistungen bleiben das Elterngeld und vergleichbare Leistungen der Länder sowie die nach § 3 auf das Elterngeld angerechneten Einnahmen in Höhe des nach § 2 Absatz 1 berücksichtigten Einkommens aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt bis zu 300 Euro im Monat als Einkommen unberücksichtigt. ³Soweit die berechnete Person Elterngeld Plus bezieht, verringern sich die Beträge nach Satz 2 um die Hälfte.

Diese Tatbestände sind nicht einschlägig. Dies folgt schon daraus, dass nach der hier vertretenen Auffassung das Familiengeld als dem Bundeserziehungsgeld vergleichbare Leistung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG zu qualifizieren ist, was eine Heranziehung des § 10 Abs. 1, 5 BEEG ausschließt. Auch in der Sache stellt das Familiengeld weder eine dem Elterngeld noch eine dem Betreuungsgeld vergleichbare Leistung der Länder dar. Eine Vergleichbarkeit mit dem Elterngeld scheidet aus, da dieses wesentlich durch seine Einkommensersatzfunktion geprägt ist, die beim Familiengeld nur sehr bedingt und nicht vorrangig zum Tragen kommt. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass das Elterngeld mit

¹⁶² BVerfGE 125, 175 (246).

dem Mindestbetrag von 300 € einen allen Eltern zugutekommenden Sockelbetrag kennt. Denn dieses soziale Element des Elterngeldes – der im Übrigen auch partiell Entgeltersatzfunktion als Mindestkompensation zukommt – vermag die im Vordergrund stehende Entgeltersatzfunktion nicht zu erschüttern. Eine Vergleichbarkeit mit dem Betreuungsgeld scheidet aus, da das Familiengeld allen Eltern und damit auch bei Inanspruchnahme einer Betreuungseinrichtung gewährt wird.

4. Anrechnungsfreiheit gemäß Art. 1 Satz 4 BayFamGG

Gemäß Art. 1 Satz 4 BayFamGG „soll“ das Familiengeld „auf existenzsichernde Sozialleistungen nicht angerechnet werden.“ Trotz der Fassung als „Soll“-Bestimmung lässt sich diese Norm nicht nur so verstehen, dass sie die Auffassung des bayerischen Landesgesetzgebers (deklaratorisch) dokumentiert, wie die bundesrechtlichen Anrechnungsvorschriften, namentlich § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II, auszulegen sind.¹⁶³ Um Art. 1 Satz 4 BayFamGG – entsprechend der Nichtanrechnungsintention des BayFamGG – nicht seiner Wirksamkeit zu berauben, kann er auch als Nichtanrechnungsbestimmung verstanden werden, zumal auch Soll-Regelungen auf die Setzung von Rechtsfolgen gerichtet sind¹⁶⁴.

Die dann bestehende Konkurrenz von Anrechnungsregeln wirft grundlegende Fragen des Verhältnisses von Bundes- und Landesgesetzgebungskompetenzen im Bereich der Sozialleistungsgewährung auf, die in einem Kurzgutachten nicht abschließend erörtert werden können und deren Beantwortung angesichts der hier vertretenen Auslegung der Anrechnungsbestimmungen im Bundesrecht (dazu oben, IV.1., 2. und 3.) sich nicht auf das Ergebnis der Nichtanrechenbarkeit des Familiengeldes auf das ALG II auswirkt.

Im Folgenden seien gleichwohl zwei Eckpunkte erörtert, zum einen die Frage nach der Sperrwirkung der im Bundesrecht enthaltenen, auf das SGB II bezogenen Anrechnungsregeln (a) und zum anderen die Frage nach dem auch bei Annahme einer (grundsätzlichen) Sperrwirkung bestehenden Raum für landesrechtliche Anrechnungsregeln (b).

¹⁶³ Vgl. für einen Appellcharakter aber *D. H. Dau*, jurisPR-SozR 17/2018 Anm. 1, III.

¹⁶⁴ Siehe hierzu *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7, Rn. 11.

a) Sperrwirkung der bundesrechtlichen Anrechnungsregelung

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Bundesgesetzgeber eine abschließende Regelung der Anrechnung sonstiger (Sozial-)Leistungen auf das ALG II getroffen hat. Dann wären entsprechende Anrechnungsregelungen im Landesrecht gemäß Art. 72 Abs. 1 GG nichtig, ohne dass es eines Rückgriffs auf Art. 31 GG bedarf.¹⁶⁵

Auf der Basis einer Darlegung der allgemeinen Anforderungen an die Sperrwirkung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG (aa) sei im Folgenden dargelegt, dass jedenfalls das SGB II keine abschließende Regelung der Anrechnung trifft (bb); ob dies auch für das Bundesrecht insgesamt gilt, ist nicht zweifelsfrei (cc), kann aber offen bleiben (dd).

aa) Anforderungen an die Sperrwirkung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG

Art. 72 Abs. 1 GG bestimmt: „Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“

Maßgeblich für das Vorliegen einer Landeskompetenzen sperrenden abschließenden Regelung ist, ob „ein Bundesgesetz eine bestimmte Frage erschöpfend regelt“.¹⁶⁶ Die sachliche Reichweite der Sperrwirkung bestimmt „die gesetzliche Regelung selbst und der hinter ihr stehende Regelungszweck sowie die Gesetzgebungsgeschichte“.¹⁶⁷ Hierbei ist der betreffende Normkomplex insgesamt zu würdigen,¹⁶⁸ so dass der erschöpfende Charakter einer bundesgesetzlichen Regelung „auch durch mehrere zusammenwirkende Gesetze erreicht werden“ kann.¹⁶⁹ Die Sperrwirkung besteht in dem Umfang, in dem „ein bestimmter Sachbereich tatsächlich umfassend und lückenlos geregelt ist oder nach dem aus Gesetzgebungsgeschichte und Materialien ablesbaren objektivierten Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte“.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Zum Vorrang des Art. 72 Abs. 1 GG vor Art. 31 GG nur *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 216, 512 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018).

¹⁶⁶ Siehe nur BVerfGE 138, 261 (280), und m.w.N. *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 165 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018).

¹⁶⁷ BVerfGE 138, 261 (280 f.), und m.w.N. *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 168 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018).

¹⁶⁸ BVerfGE 138, 261 (280 f.), und m.w.N. *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 168 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018); ferner BVerfG, NJW 2015, S. 44 (45); BVerwGE 96, 318 (323); E 126, 1 (2).

¹⁶⁹ BVerfGE 138, 261 (280 f.); ferner m.w.N. *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 168 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018).

¹⁷⁰ BVerfGE 138, 261 (280 f.); ferner *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 169 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist überdies eine restriktive Handhabung der Sperrwirkung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG angezeigt.¹⁷¹ Dies impliziert, „dass der erschöpfende Gebrauch der Kompetenz durch den Bund hinreichend erkennbar“ sein muss.¹⁷² Im Zweifel ist angesichts des Grundsatzes der Landeskompetenz (Art. 70 GG) nicht von einer abschließenden Regelung auszugehen.¹⁷³

Schließlich greift die Sperrwirkung nicht für Teilaspekte einer bei Gesamtbetrachtung in die Landeszuständigkeit fallenden Materie, die abschließend bundesrechtlich geregelte Bereiche berühren.¹⁷⁴

bb) Keine abschließende Anrechnungsregelung im SGB II

Vor diesem Hintergrund ist zunächst festzuhalten, dass das SGB II regelt, unter welchen Voraussetzungen Einkommen einschließlich sonstiger Sozialleistungen auf das ALG II anzurechnen ist (§§ 11 ff. SGB II). Hierbei handelt es sich jedoch um keine abschließende Regelung. Denn parallel dazu regeln eine Vielzahl von Sozialleistungsgesetzen, ob und in welchem Umfang die nach ihnen gewährten Leistungen auf existenzsichernde Sozialleistungen anzurechnen sind. Als Beispiel sei für Leistungen der Stiftung „Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens“ auf § 5 Abs. 2 MuKStiftG verwiesen:

Leistungen der in Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 genannten Art bleiben als Einkommen unberücksichtigt, wenn bei Sozialleistungen auf Grund von Rechtsvorschriften die Gewährung oder die Höhe dieser Leistungen von anderem Einkommen abhängig ist.

Daneben existieren zahlreiche weitere vergleichbare Bestimmungen, namentlich § 13 Abs. 5 SGB XI (Pflegeversicherung), § 14b Abs. 2 Satz 1 BAföG (Zusatzleistung für Auszubildende mit Kind – Kinderbetreuungszuschlag), § 18 Satz 3 HHG (Unterstützung nach dem Häftlingshilfegesetz), § 5 Abs. 2 GHBG NRW (Blinden- und Gehörlosengeld NRW), § 10 Abs. 5 BEEG (Elterngeld und Betreuungsgeld), § 9 Abs. 1 BerRehaG (Ausgleich beruflicher Benachteiligungen für Opfer politischer Verfolgung im Beitrittsgebiet), § 18 Abs. 1 Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen, § 58 S. 2 und 4 SGB VII (bei Arbeitslosigkeit erhöhte Unfallrente), § 292 Abs. 2 LAG, § 17 Abs. 1 HIV-Hilfegesetz, § 6 Abs. 1 Anti-D-Hilfegesetz,

¹⁷¹ BVerfGE 138, 261 (280).

¹⁷² BVerfGE 138, 261 (280); ferner BVerfGE 98, 265 (300 f.); E 113, 348 (372); NVwZ 2010, S. 247 (248); NJW 2015, S. 44 (45); *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 172 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018). Ähnlich bereits BVerfGE 49, 343 (358 f.).

¹⁷³ *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 169 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018), m.w.N. auch zur Gegenauffassung. Vgl. auch BVerfGE 26, 281 (297); E 42, 20 (28).

¹⁷⁴ BVerfGE 98, 145 (158); *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 188 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018), m.w.N.

§ 15 Abs. 1 Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ oder § 5 Abs. 3 Stipendienprogramm-Gesetz.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass jedenfalls die Anrechnungsregelung des § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II keine abschließende Regelung darstellt, Anrechnungsbestimmungen finden sich vielmehr auch im jeweiligen Leistungsgesetz. Dementsprechend verweist etwa der Bayerische Verwaltungsgerichtshof auf die Möglichkeit des Kindergeldgesetzgebers, eine Freistellung von der Anrechnung auf Sozialhilfe „durch eine konkrete – wie in § 8 BErzGG auf Sozialleistungen bezogene – Anrechnungsnorm [zu erreichen], die auch den anrechnungsfreien Umfang bestimmt“.¹⁷⁵ Er hat – ebenso wie das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes¹⁷⁶ – ein Wahlrecht des Kindergeldgesetzgebers anerkannt: „Hätte der Gesetzgeber aber gewollt, dass das Kindergeld eine (zumindest teilweise) anrechnungsfreie Sozialleistung darstellt, hätte er das entweder durch eine klarstellende abweichende Zweckbestimmung oder durch eine konkrete – wie in § 8 BErzGG auf Sozialleistungen bezogene – Anrechnungsnorm, die auch den anrechnungsfreien Umfang bestimmt, zum Ausdruck gebracht.“¹⁷⁷ Ebenfalls ohne die Kompetenzfrage ausdrücklich zu thematisieren, geht auch das Schrifttum von der Möglichkeit aus, die Anrechnungsfreiheit in Leistungsgesetzen vorzusehen.¹⁷⁸ So heißt es in einem Standard-Kommentar zum SGB II etwa: „Werden sozial- bzw. öffentlich-rechtliche Leistungen gewährt, sind außerdem [d.h. neben § 11 Abs. 3 SGB II] Freistellungen nach den jeweils zugrundeliegenden Leistungsgesetzen zu prüfen.“¹⁷⁹

cc) Abschließende Anrechnungsregelung im Bundesrecht?

Dass sich im SGB II keine abschließende Anrechnungsregelung findet, bedeutet freilich noch nicht, dass der Bundesgesetzgeber insgesamt keine abschließende Regelung dieser Frage getroffen hätte. Anerkannt ist vielmehr, dass sich die Sperrwirkung auch aus einem Gesamtkomplex von Regelungen ergeben kann (siehe oben, IV.4.a.aa). Gegen eine abschließende Bundes-

¹⁷⁵ BayVGH, Urt. v. 26.7.2001, 12 B 97.3825, juris, Rn. 12.

¹⁷⁶ OVG Saarland, Beschl. v. 21.10.1999, 3 Q 134/99, juris, Rn. 9.

¹⁷⁷ BayVGH, Urt. v. 26.7.2001, 12 B 97.3825, juris, Rn. 12.

¹⁷⁸ *U. Geiger*, LPK-SGB II, § 11a, Rn. 1, 6; *D. Hengelhaupt*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, § 11a SGB II, Rn. 308 (Stand: EL 6/17 Juli 2017); *S. Klaus*, in: GK-SGB II, § 11a, Rn. 17 (Stand: 24. EL Dezember 2011); *M. Mues*, in: Estelmann, § 11a SGB II, Rn. 2, 42 (Stand: 50. EL März 2016); *J. Neumann*, in: BeckOK-SozR, § 11a SGB II, Rn. 51; *J. Strnischka*, in: Oestreicher, § 11a SGB II, Rn. 4, 86 (Stand: 80. EL März 2017); *I. Striebinger*, in: Gagel, SGB II/SGB III, § 11a SGB II, Rn. 52 (Stand: 64. EL Dezember 2016).

¹⁷⁹ *S. Schmidt*, in: Eicher/Luik, SGB II, § 11a, Rn. 4.

regelung spricht auch nicht die Existenz konkurrierender Landesregelungen, da diese eine vorrangige Regelungsbefugnis des Bundes nicht ausschließen, vielmehr bei Vorliegen einer solchen gemäß Art. 72 Abs. 1 GG nichtig sind.

Festgehalten sei aber, dass das Landesrecht – auch jenseits des Art. 1 Satz 4 BayFamGG – Anrechnungsregelungen kennt. So bestimmt § 4 Abs. 1 Satz 2 GHBG NRW: „Leistungen nach Satz 1 [für hochgradig Sehbehinderte] bleiben als Einkommen bei Sozialleistungen, deren Gewährung von anderen Einkommen abhängig ist, unberücksichtigt.“ Ebenso regelt § 5 Abs. 2 GHBG NRW: „Leistungen nach Satz 1 [für Gehörlose] bleiben als Einkommen bei Sozialleistungen, deren Gewährung von anderen Einkommen abhängig ist, unberücksichtigt.“ Für das Blindengeld findet sich keine vergleichbare Regelung im Landesrecht.¹⁸⁰

Für eine abschließende Bundesregelung spricht, dass es naheliegt, dass der SGB-II-Gesetzgeber abschließend regelt, welche anderen Leistungen auf SGB-II-Leistungen anzurechnen sind, da hiervon die zentrale Anspruchsvoraussetzung der Hilfsbedürftigkeit abhängt; die vorstehend erwähnten Spezialregelungen außerhalb des SGB II stehen diesem Ansatz nicht entgegen, ließen sie sich doch als unter die SGB-II-Kompetenz fallende Regelungen verstehen. Verstärkt wird dieses Argument dadurch, dass das Nachrangprinzip ein Strukturprinzip des SGB II darstellt, dessen Öffnung die Ausnahme bleiben muss. Dies spricht gegen die Einräumung einer Abweichungsbefugnis an die Länder; aus kompetentiellen Gründen ist deren Abweichungsrecht freilich ohnehin beschränkt (siehe noch unten, IV.4.b), so dass sich die Tragweite der Öffnung in Grenzen hielte. Für eine abschließende Bundesregelung könnte bei einer Gesamtschau der Anrechnungsregeln des Weiteren sprechen, dass einzelne Bundesregelungen ausdrücklich die Anrechnung von Landesleistungen regeln, so

§ 11a Abs. 6 Satz 1 SGB II: „Überbrückungsgeld nach § 51 des Strafvollzugsgesetzes oder vergleichbare Leistungen nach landesrechtlichen Regelungen sind nicht als Einkommen zu berücksichtigen, soweit sie den Bedarf der leistungsberechtigten Person für 28 Tage übersteigen“;

§ 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG: „Das Erziehungsgeld und vergleichbare Leistungen der Länder ... bleiben als Einkommen bei Sozialleistungen ..., deren Zahlung von anderen Einkommen abhängig ist, unberücksichtigt“;

§ 10 Abs. 1 BEEG: „Das Elterngeld, das Betreuungsgeld und jeweils vergleichbare Leistungen der Länder ... bleiben bei Sozialleistungen, deren Zahlung von anderen Einkommen abhängig ist, bis zu einer Höhe von insgesamt 300 Euro im Monat als Einkommen unberücksichtigt“ (siehe ferner § 10 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 2 BEEG).

¹⁸⁰ Dazu: BSG, Urt. v. 11.12.2007, B 8/9b SO 20/06 R, juris.

Hieraus könnte man schließen, dass der Bund die Anrechenbarkeit – auch mit Blick auf Landessozialleistungen – abschließend geregelt hat, da es andernfalls keiner Öffnung für letztere bedurft hätte.¹⁸¹ Es erscheint indes nicht zwingend, aus diesen drei punktuellen Regelungen des Bundesgesetzgebers zu schließen, ihr Erlass spiegele den Willen des Bundesgesetzgebers wieder, Anrechnungsregeln nur im Bundesrecht zuzulassen. Sie ließen sich vielmehr auch schlicht als punktuelle, grundsätzlich von der SGB-II-Bundeskompetenz gedeckte bundesrechtliche (Nicht-)Anrechnungsregeln verstehen, ohne dass in ihnen ein darüber hinausgehender Wille zum Ausschluss von landesgesetzlichen Anrechnungsregeln zum Ausdruck kommt (im Übrigen kommt ihnen die i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG klarstellende Funktion zu, dass Parallelleistungen im Landesrecht zulässig sind).

Im Regelungskonzept und in der Regelung der §§ 11 ff. SGB II kommt jedenfalls eine Intention des Bundesgesetzgebers nicht zum Ausdruck, die Anrechenbarkeit von Sozialleistungen auf SGB-II-Leistungen abschließend zu regeln. Vielmehr schaffen die §§ 11 ff. SGB II eine nur scheinbar geschlossene Regelung, da daneben Parallelregelungen im Bundesrecht existieren, die weder allgemein noch im Einzelfall in den §§ 11 ff. SGB II in Bezug genommen werden durch eine Öffnungsklausel. Eine solche könnte – in bundesstaatlich noch auszulotenden Grenzen (siehe unten, IV.4.b) – auch Anrechnungsregeln der Landesgesetzgeber ausschließen. So hätte der Bundesgesetzgeber einen abschließenden Charakter dadurch zum Ausdruck bringen können, dass er § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II wie folgt fasst: „Als Einkommen zu berücksichtigen sind Einnahmen in Geld abzüglich der nach § 11b abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a und in weiteren Bundesgesetzen genannten Einnahmen“.

Dieses nicht abgestimmte Nebeneinander von SGB II und Spezialgesetzen spricht gegen eine abschließende Regelung im Bundesrecht, zumal der Bundesgesetzgeber trotz der vor wenigen Jahren erfolgten Neustrukturierung der Anrechnungsregelungen in §§ 11 ff. SGB II keine Konsolidierung herbeigeführt hat. Diesen inkohärenten Regelungsansatz erhärtet der Umstand, dass § 11 Abs. 3 Satz 2 SGB II punktuell Anrechnungsfragen regelt und insbesondere einen einzelnen Nichtanrechnungstatbestand im Leistungsrecht bekräftigt, nämlich den Kinderbetreuungszuschlag gemäß § 14b BAföG,¹⁸² nicht aber die anderen Spezialtatbestände.

¹⁸¹ Vgl. zum Indizcharakter von Öffnungsklauseln für eine abschließende Bundesregelung BVerwGE 126, 1 (6); *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 180 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018).

¹⁸² Siehe § 11a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 SGB II, wonach „als Einkommen zu berücksichtigen [sind] die Leistungen der Ausbildungsförderung nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz sowie vergleichbare Leistungen der Begabtenförderungswerke; § 14b Absatz 2 Satz 1 des Bundesausbildungsförderungsgesetzes bleibt unberührt“. Letzterer bestimmt: „Der Zuschlag nach Absatz 1 bleibt als Einkommen bei Sozialleistungen unberücksichtigt.“

Überdies spricht gegen die Annahme einer abschließenden Bundesregelung, dass der Bundesgesetzgeber dem Leistungsgesetzgeber (und nicht nur dem SGB-II-Gesetzgeber) die Befugnis zuspricht, Anrechnungsbestimmungen zu erlassen, und nichts dafür ersichtlich ist, warum nicht auch der Landessozialleistungsgesetzgeber in seinem Kompetenzbereich Anrechnungsregeln erlassen können soll. Diese stellen auch einen bedeutsamen Aspekt der Sachregelungsbefugnis dar, da eine Anrechnung die Erreichung des Leistungszwecks gefährden kann (siehe noch unten, IV.4.b).

Somit erscheint es zweifelhaft, ob i.S.d. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinreichende Anhaltspunkte (siehe zu diesem Erfordernis oben, IV.4.b) dafür bestehen, dass der Bundesgesetzgeber mit den Anrechnungsregeln im SGB II und in Spezialgesetzen eine abschließende, Landesregelungen gemäß Art. 72 Abs. 1 GG ausschließende Regelung getroffen hat.

Misst man der Anrechnungsregel des § 11a Abs. 3 SGB II keinen abschließenden Charakter bei, kann ein solcher ebenso wenig der diese konkretisierenden Verordnungsermächtigung des § 13 Abs. 1 Nr. 1 SGB II beigemessen werden. Nach dieser wird das Bundesministerium für Arbeit und Soziales „ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen ohne Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung zu bestimmen, welche weiteren Einnahmen nicht als Einkommen zu berücksichtigen sind und wie das Einkommen im Einzelnen zu berechnen ist“. Dieser Verordnungsermächtigung ist mit Blick auf die neben dem SGB II bestehenden Anrechenbarkeitsregelungen des Leistungsgesetzgebers kein abschließender Charakter beizumessen;¹⁸³ vielmehr soll sie ein flexibles Reagieren der Exekutive ermöglichen: So kann das Bundesministerium „auf Erfahrungen und Erkenntnisse der Praxis flexibel reagieren, möglichen Fehlentwicklungen entgegenwirken und Verwaltungsvereinfachungen ermöglichen“.¹⁸⁴

dd) Zwischenfazit

Im hier interessierenden Zusammenhang kann die Sperrwirkung der bundesrechtlichen Anrechnungsregelung offen bleiben. Denn die Sperrwirkung erstreckt sich, wie einleitend ausgeführt (siehe oben, IV.4.a.aa), nicht auf Teilaspekte einer bei Gesamtbetrachtung in die Landeszuständigkeit fallenden Materie, die abschließend bundesrechtlich geregelte Bereiche berühren. Ein

¹⁸³ Allgemein zur Frage der Sperrwirkung von Verordnungsermächtigungen *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 195 ff. (Stand: 192. Aktualisierung August 2018).

¹⁸⁴ Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt BT-Drs. 15/1516, S. 54.

derartiger Zusammenhang der Anrechnungsregelung des Art. 1 Satz 4 BayFamGG mit der Landesregelungsbefugnis für das Familiengeld lässt sich mit guten Gründen annehmen (siehe sogleich, IV.4.b).

b) Regelungskompetenz für Anrechnungsregelungen

Anrechnungsregelungen können von der Sachkompetenz sowohl für die auf SGB-II-Leistungen anzurechnende Sozialleistung (hier: Familiengeld) als auch für die anrechnende SGB-II-Sozialleistung (hier: ALG II) gedeckt sein.

Die Gesetzgebungskompetenz für eine Sozialleistung umfasst die Befugnis, die Leistung hinsichtlich Voraussetzungen und Inhalt näher auszugestalten. Insbesondere kann der Gesetzgeber die Bedarfslage, auf deren Befriedigung die Sozialleistung zielt, definieren. Hierzu rechnet auch die Festlegung, ob es sich um eine der Deckung des allgemeinen Lebensunterhalts, namentlich der Existenzsicherung dienende Leistung handelt, oder um eine solche, die auf einen hiervon zu unterscheidenden (Mehr-)Bedarf zielt. Entscheidet sich der Gesetzgeber, wie im Falle des Familiengeldes (siehe oben, IV.2.c.cc und dd), für Letzteres, muss er auch die Nichtanrechnung auf existenzsichernde Sozialleistungen festlegen können, um eine Frustrierung des von ihm ins Auge gefassten Leistungszwecks zu verhindern.

Genauso steht dem Gesetzgeber einer Sozialleistung im Rahmen seiner Ausgestaltungsbefugnis zu, als Aspekt der Festlegung des Kreises der Leistungsberechtigten zu bestimmen, in welchen Fällen aufgrund einer anderweitigen Deckung des Bedarfs eine Leistungsberechtigung ausscheidet und wann dies nicht der Fall ist. Dies deckt Anrechnungsregeln insbesondere für zweckidentische Leistungen.

Es liegt auf der Hand, dass sich Konfliktlagen zwischen Anrechnungs- und Nichtanrechnungsregeln ergeben können, die im Bund-Länder-Verhältnis besonders akut sind. Nachdem keine konfligierenden Anrechnungsregeln vorliegen, braucht diese Frage hier nicht weiter vertieft werden. Mit Blick auf die Sachregelungskompetenz des Landesgesetzgebers besteht sicherlich keine schrankenlose Kompetenz des Bundesgesetzgebers, Anrechnungsbestimmungen zu verabschieden, namentlich in Fällen fehlender Zweckidentität; dem trägt freilich § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II Rechnung. Genauso wenig darf der Landesgesetzgeber eine Anrechnung unbesehen ausschließen, namentlich im Fall der Zweckidentität.

Vor diesem Hintergrund besteht kompetentiell Raum für einen als Nichtanrechnungsregel verstandenen Art. 1 Satz 4 BayFamGG. Auch das Bundesverfassungsgericht hat, wie nochmals

betont sei, anerkannt, dass sich die Sperrwirkung nicht auf Teilaspekte (hier: Anrechnungsregelung des Art. 1 Satz 4 BayFamGG) einer bei Gesamtbetrachtung in die Landeszuständigkeit fallenden Materie (hier: Familiengeld) erstreckt, die abschließend bundesrechtlich geregelte Bereiche berühren (hier: ALG II):

Die umfassende Regelung eines Zuständigkeitsbereichs kann Teilregelungen enthalten, die zwar einen anderen Kompetenzbereich berühren, die aber gleichwohl Teil der im übrigen geregelten Materie bleiben. Bei der Frage der Zuordnung solcher Teilregelungen zu einem Kompetenzbereich dürfen sie nicht aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und isoliert für sich betrachtet werden. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist. Eine enge Verzahnung und dementsprechend ein geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung sprechen regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung.¹⁸⁵

Unabhängig davon kann der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Sachregelungskompetenz parallele Leistungen der Landesgesetzgeber ausschließen. Mit Blick darauf hat das Bundesverfassungsgericht den Regelungen des SGB II in dem Sinne einen abschließenden Charakter beigemessen, dass sie auf eine vollständige Absicherung des Existenzminimums zielen:

Die nachgeschobene Erwägung der Bundesregierung, dass die Bedarfsdeckung insoweit den Ländern obliege, weil diese für das Bildungswesen zuständig seien, ist nicht tragfähig. Durch den Erlass des Sozialgesetzbuchs Zweites Buch hat der Bundesgesetzgeber von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG abschließend Gebrauch gemacht. Dies folgt aus § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Nr. 2 SGB II, wonach die Grundsicherung für Arbeitsuchende den Lebensunterhalt sichern soll, sowie aus § 3 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz SGB II in der seit dem 1. August 2006 geltenden Fassung, wonach „die nach diesem Buch vorgesehenen Leistungen den Bedarf der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und der mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen decken“. Auch § 20 Abs. 1 SGB II, die Vorschriften über die Abgrenzung zu den Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (§ 5 Abs. 2, § 28 Abs. 1 Satz 1 SGB II, § 21 SGB XII) sowie die Entstehungsgeschichte des Sozialgesetzbuchs Zweites Buch belegen, dass der Bundesgesetzgeber im Sozialgesetzbuch Zweites Buch das Existenzminimum vollständig sichern wollte. Der Bund trägt dementsprechend die Verantwortung für die Sicherstellung des gesamten menschenwürdigen Existenzminimums. Dieser Verantwortung kann er sich nicht durch eine abstrakte Verweisung auf konkurrierende Landeskompetenzen entziehen, die er den Ländern durch sein eigenes Gesetz bereits versperrt hat, und mit dieser Begründung von der Berücksichtigung solcher Ausgaben absehen, die nach seinen eigenen normativen Wertungen zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums notwendig sind.¹⁸⁶

¹⁸⁵ BVerfGE 98, 145 (158). Siehe auch BVerfGE 14, 76 (99); NJW 1996, S. 2497 (2497 f.); E 98, 265 (299); *F. Wollenschläger*, in: BK, Art. 72 GG, Rn. 188 (Stand: 192. Aktualisierung August 2018).

¹⁸⁶ BVerfGE 125, 175 (241 f.).

Dies schließt freilich anderen Zwecken dienende Leistungen der Länder nicht aus (vgl. die Öffnung in § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II). Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht im selben Atemzug ergänzende Unterstützungsleistungen der Länder für zulässig erachtet hat:

Aus Art. 104a Abs. 1 GG folgt aber keine fürsorgerechtliche Pflicht, hilfebedürftige Personen, die Schulen besuchen und sonstige Bildungseinrichtungen benutzen, mit den dafür notwendigen finanziellen Mitteln auszustatten. Zudem würde erst ein anderweitiger gesetzlicher Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt die Pflicht des Bundes mindern, weil das menschenwürdige Existenzminimum von Verfassungs wegen durch Rechtsansprüche gewährleistet sein muss. Solche ergänzenden Ansprüche aufgrund von Ländergesetzen sind nicht ersichtlich.¹⁸⁷

Die Zulässigkeit derartiger Leistungen bestätigt im Übrigen § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II, der tatbestandlich mit ALG-II-Leistungen zweckidentische Leistungen der Länder voraussetzt.

¹⁸⁷ BVerfGE 125, 175 (242).

V. Zusammenfassung in Thesen

Hintergrund: Nachrang der SGB-II-Leistungen

1. Die Berechtigung, Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gemäß dem SGB II zu erhalten, hängt u.a. von der Hilfsbedürftigkeit des Anspruchstellers ab (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II). Als Ausdruck des Grundsatzes des Nachrangs von SGB-II-Leistungen ist nur derjenige hilfsbedürftig, der „seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält“ (§ 9 Abs. 1 SGB II).
2. Das zu berücksichtigende Einkommen definiert § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II als alle „Einnahmen in Geld abzüglich der nach § 11b abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a genannten Einnahmen.“ Das Familiengeld stellt eine Einnahme in Geld i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II dar, worunter auch Sozialleistungen fallen (arg. § 11a Abs. 3 SGB II). Die Anrechnung des Familiengeldes auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gemäß SGB II hängt davon ab, ob Ausnahmetatbestände greifen. Dies ist der Fall, die Anrechnung ist damit rechtswidrig.

Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes als dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder gemäß § 8 Abs. 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG

3. Das Familiengeld stellt eine dem Erziehungsgeld vergleichbare Leistung der Länder dar und ist daher gemäß der Spezialregelung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG anrechnungsfrei.
4. Bundeserziehungsgeld und Familiengeld weisen wesentliche Gemeinsamkeiten auf: Beides sind an die Erziehung eines Kindes geknüpfte Leistungen an Familien für die ersten Lebensjahre in vergleichbarer Höhe mit (bedingter) Einkommensersatzfunktion sowie zur Unterstützung junger Familien, zur Anerkennung der Erziehungsleistung und mit existenzsicherungsergänzender Funktion. Die Kontinuität zwischen (Landes-)Erziehungsgeld und Familiengeld unterstreichen (1.) das gesetzgeberische Verständnis des letzteren als „moderne Weiterentwicklung“ des ersteren, (2.) die beiden gemeinsame Konzeption als zeitliche Verlängerung der Bundesleistung (früher: Erziehungsgeld, heute Elterngeld) und (3.) der Umstand, dass alle nach dem Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz Anspruchsberechtigten auch nach dem Familiengeldgesetz anspruchsberechtigt sind.

5. Das BayFamGG weicht in zwei zentralen Anspruchsvoraussetzungen vom zuletzt geltenden BErzGG (Verzicht auf eine Höchstarbeitszeitgrenze und auf eine Einkommensgrenze) ab. Weder eine Abweichung („moderne Weiterentwicklung“) als solche noch die Modifikation der beiden Voraussetzungen schließen indes eine Vergleichbarkeit mit dem Bundeserziehungsgeld aus. Denn nicht nur heben § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG auf die Vergleichbarkeit und nicht auf die Identität ab; vielmehr weist das Erziehungsgeld selbst eine dynamische Entwicklung gerade auch hinsichtlich der hier infrage stehenden Unterschiede auf, was auch einen Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers impliziert und eine Verabsolutierung der zuletzt geltenden Fassung des BErzGG verkennt.
 - a. Mit der Aufgabe des Erfordernisses, keine oder jedenfalls keine volle Erwerbstätigkeit auszuüben, vollzieht der bayerische Gesetzgeber keinen Bruch mit dem BErzGG, sondern schreibt zunächst eine bereits das Bundeserziehungsgeld kennzeichnende Dynamik fort. So hat der BErzGG-Gesetzgeber selbst 2001 die (ohnein schon relativ hohe) Höchstarbeitszeitgrenze von 19 auf 30 Wochenstunden weiter und substantiell erhöht und jedenfalls damit das Erfordernis einer vorrangigen Eigenbetreuung aufgegeben, gerade auch, um (grundrechtlich geschützten) Elternwünschen hinsichtlich des Umfangs der Erwerbstätigkeit Rechnung zu tragen und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern. Des Weiteren aktualisiert das BayFamGG die Zielsetzung des BErzGG, eine bestmögliche Entwicklung des Kindes sicherzustellen, die nicht nur bei einer (vorrangigen) Eigenbetreuung zu erwarten ist, sondern auch eine (partielle) Fremdbetreuung im zweiten und dritten Lebensjahr fördert.
 - b. Auch der Verzicht auf eine Einkommensgrenze ändert nichts an der Vergleichbarkeit, da der BErzGG-Gesetzgeber selbst unterschiedliche Ansätze in dieser Frage verfolgt hat, sowohl hinsichtlich des „Ob“ einer Einkommensgrenze als auch hinsichtlich des maßgeblichen Einkommensniveaus (Ausschluss von Spitzenverdienern, Begrenzung auf mittlere und sodann auf untere Einkommen) als auch hinsichtlich der Beweggründe für Modifikationen, die teils fiskalisch, teils familienpolitisch und teils sozialpolitisch motiviert waren. Ein entsprechender Spielraum muss auch dem bayerischen Gesetzgeber zustehen. So galt bis fast zuletzt (nämlich bis 2004; Außerkrafttreten Ende 2006) keine substantielle Einkommensgrenze im ersten Bezugszeitraum. Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Betreuungsgeld vom 21.7.2015 anerkannt, dass eine sozialrechtlich relevante Be-

dürftigkeit nicht nur bei einer im Einzelfall bestehenden wirtschaftlichen Bedürftigkeit einer Person bestehen kann, sondern auch in Bedarfslagen mit besonderen Belastungen wie der Betreuung von Kleinkindern.

6. Die aus den genannten Gründen zu bejahende Vergleichbarkeit von (Bundes-)Erziehungsgeld und Familiengeld erhärtet sich aus der Perspektive von Beziehern von ALG II. Denn an der besonderen Hilfsbedürftigkeit dieses Personenkreises, der der Privilegierungstatbestand des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG Rechnung trägt, ändert die Gewährung des das Erziehungsgeld ersetzenden Familiengeldes auch an nicht vergleichbar bedürftige Personen nichts. Auch die aufgegebene Höchstarbeitszeitgrenze wirkt sich auf die Situation der Bezieher von ALG-II-Leistungen (mit der Ausnahme weniger Aufstocker) nicht aus.

Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes als zweckgebundene Leistung i.S.d. § 11a Abs. 3 SGB II

7. Da eine Anrechnung des Familiengeldes auf SGB-II-Leistungen bereits aufgrund der Spezialregelung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG i.V.m. § 27 Abs. 2 BEEG ausscheidet, stellt sich die nachrangige Frage einer Anrechnungsfreiheit gemäß § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II nicht. Unabhängig davon sind auch die Tatbestandsvoraussetzung dieser Norm erfüllt, so dass auch eine Anrechnungsfreiheit des Familiengeldes als zweckgebundene Leistung i.S.d. § 11a Abs. 3 SGB II zu bejahen ist.
8. Gemäß § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II sind „Leistungen, die aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu einem ausdrücklich genannten Zweck erbracht werden, ... nur so weit als Einkommen zu berücksichtigen, als die Leistungen nach diesem Buch im Einzelfall demselben Zweck dienen.“
 - a. Das Familiengeld stellt eine aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu einem ausdrücklich genannten Zweck erbrachte Leistung dar; Art. 1 Sätze 2 f. BayFamGG und die diese konkretisierende Gesetzesbegründung enthalten insoweit eine ausdrückliche, hinreichend konkrete und auf die Verwendung des Familiengeldes bezogene Zweckbestimmung.
 - b. Mit dem LSG Bayern, dem Schrifttum und dem zur Vorgängerfassung ergangenen Urteil des Bundessozialgerichts zum Blindengeld ist die in der Gesetzesbegründung anklingende Verschärfung des Wortlauts, dass über die Nennung eines Verwendungszweckes auch dessen Einhaltung rechtlich oder tatsächlich sichergestellt sein müsse, abzulehnen, und zwar vor allem aus teleologischen Gründen. Diese haben

besonderes Gewicht, wenn, wie hier, hinter dem Verzicht auf die rechtliche Sanktionierung einer nicht auszuschließenden zweckwidrigen Verwendung gewichtige Anliegen des Leistungsrechts stehen (Vermeidung eines unangemessenen Verwaltungsaufwands bei Prüfung und Durchsetzung der vielfältigen Möglichkeiten der Mittelverwendung in jedem der ca. 240.000 Einzelfälle und Verzicht auf Kontrolle im Bereich der privaten Lebensgestaltung). Selbst bei Übertragung des Urteils des Bundessozialgerichts zur Eigenheimzulage müsste die Möglichkeit eines Nachweises der ordnungsgemäßen Verwendung bei den für den Vollzug des SGB II zuständigen Behörden eingeräumt werden, ohne dass die prinzipielle Einschlägigkeit des § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II zu verneinen wäre.

- c. Hinsichtlich einer zur Anrechnung führenden Zweckidentität von Familiengeld und SGB-II-Leistungen ist zunächst festzuhalten, dass ein Vergleich der erfassten Positionen allenfalls eine gegenständliche Teilidentität begründet, etwa hinsichtlich des Regelbedarfs für Freizeit, Unterhaltung, Kultur, nicht aber hinsichtlich anderer Positionen wie etwa der Kinderbetreuung; der Überschneidungsbereich macht auch betragsmäßig nur einen Teil des Familiengeldes i.H.v. 250 bzw. 300 € aus. Eine (Teil-)Anrechnung scheidet gleichwohl aus, da eine (teilweise) Zweckidentität mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht bereits bei der (teilweisen) Überschneidung von Verwendungsmöglichkeiten anzunehmen ist. Vielmehr scheidet die Zweckidentität aus, wenn es sich nicht um eine der Sicherung des Lebensunterhalts dienende Sozialleistung handelt, sondern um eine solche, die an hiervon zu unterscheidende, spezifische Bedarfslagen anknüpft. Dies ist der Fall, da das Familiengeld nicht den Zweck der Existenzsicherung verfolgt, sondern den hiervon zu unterscheidenden Zweck, einer spezifischen Bedarfslage in Gestalt des erziehungs- und kindbedingten (Mehr-)Bedarfs Rechnung zu tragen. Auch weitere vom Bundessozialgericht anerkannte Indizien gegen eine Zweckidentität liegen vor (einkommens- und vermögensunabhängige Gewährung; pauschale und bedarfsunabhängige Bestimmung der Leistungshöhe; Fehlen einer prägenden Lohnersatzfunktion).

Einschlägigkeit weiterer (Nicht-)Anrechnungsnormen

9. Mangels Vergleichbarkeit mit dem Eltern- und Betreuungsgeld ist die gegenüber § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II vorrangige Anrechnungsregelung des § 10 Abs. 1 und 5 BEEG nicht einschlägig.

10. Art. 1 Satz 4 BayFamGG lässt sich als Nichtanrechnungsregelung verstehen, deren Kompetenzkonformität und damit Maßgeblichkeit mit guten Gründen bejaht werden kann.

München, den 21. September 2018

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

VI. Literaturverzeichnis

Michael Behn, Erziehungsgeld als Lohnersatzleistung? – Zum Anwendungsbereich des § 113 II 3 AFG –, NZS 1993, S. 444

Inge Böttcher, Bundeserziehungsgeldgesetz. Basiskommentar, 2001

Herbert Buchner/Ulrich Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2003

Herbert Buchner/Ulrich Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2008

Dirk H. Dau, Gekürztes Familiengeld für Kinder im EU-Ausland – bayerischer Irrweg oder Modell auch für das Kindergeld?, jurisPR-SozR 17/2018 Anm. 1

Wolfgang Eicher/Steffen Luik (Hrsg.), SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Kommentar, 4. Aufl. 2017 (zit. Eicher/Luik, SGB II)

Martin Estelmann (Hrsg.), Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) – Grundsicherung für Arbeitsuchende –, Loseblatt (Stand: 61. EL Juli 2018) (zit. Estelmann)

Alexander Gagel/Sabine Knickrehm/Olaf Deinert (Hrsg.), SGB II/SGB III. Grundsicherung und Arbeitsicherung, Loseblatt (Stand: 70. EL 1.6.2018) (zit.: Gagel, SGB II/SGB III)

Udo Geiger, Die Neuregelungen zur Einkommens- und Vermögensanrechnung im SGB II, info also 2011, S. 106

Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Christian Rolfs/Peter Udsching (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, Stand: 49. Edition 1.6.2018 (zit. BeckOK-SozR)

Bettina Graue/Ariane Mandalka, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 6. Aufl. 2018

Ulrich Hambüchen (Hrsg.), Kindergeld, Erziehungsgeld. Kommentar, Loseblatt (Stand: 48. EL August 2006) (zit. Hambüchen)

Karl Hauck/Wolfgang Noftz/Thomas Voelzke (Hrsg.), Sozialgesetzbuch – SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Kommentar, Loseblatt (Stand: Lieferung 1/18 März 2018) (zit. Hauck/Noftz/Voelzke)

Karl-Heinz Hohm (Hrsg.), SGB II. Gemeinschaftskommentar zum SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende (zit. GK-SGB II), Loseblatt (Stand: 57. EL Juni 2018)

Johanna Huber, Das Bundeserziehungsgeld nach neuem Recht – Rechtslage ab 2001, NZA 2000, S. 1319

Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt (Stand: 192. Aktualisierung August 2018) (zit. BK)

Sabine Knickrehm/Ralf Kreikebohm/Raimund Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl. 2017 (zit. Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann)

Achim Lindemann/Oliver Simon, Die neue Elternzeit, NJW 2001, S. 258

Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017

Johannes Münder (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2017 (zit. LPK-SGB II)

Ernst Oestreicher/Andreas Decker (Hrsg.), SGB II/SGB XII. Grundsicherung für Arbeitsuchende und Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsrecht und Erstattungsrecht des SGB X, Loseblatt (Stand: 84. EL 1. Mai 2018) (zit. Oestreicher)

Friedbert Rancke (Hrsg.), Mutterschutz, Elterngeld, Elternzeit, Betreuungsgeld, 5. Aufl. 2018 (zit. Rancke)

Elke Roos/Dirk Bieresborn (Hrsg.), MuSchG. BEEG, 2014 (zit. Roos/Bieresborn)

Rainer Schlegel/Thomas Voelzke/Astrid Radüge (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB II. Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II). Grundsicherung für Arbeitsuchende, 4. Aufl. 2015 (zit. Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II)

Eckart Stevens-Bartol, Bundeserziehungsgeldgesetz, 1986

Christian Stotz, Die Entschädigung nach § 198 GVG wegen überlanger Verfahrensdauer – Pyrrhussieg für Bezieher von SGB II-Leistungen?, NZS 2015, S. 410

Edgar Wiedemann/Eduard Kunz, Ein Fachberater zum Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz, 8. Aufl. 1994

Bernd Wiegand, BErzGG. Kommentar zum Bundeserziehungsgeldgesetz, 9. Aufl. 2002

Johannes Zmarzlik/Manfred Zipperer/Hans Peter Viethen, Bundeserziehungsgeldgesetz 1992. Kommentar, 1992

Johannes Zmarzlik/Manfred Zipperer/Hans Peter Viethen, Mutterschutzgesetz. Mutterschaftsleistungen, Erziehungsgeld, Erziehungsurlaub, 6. Aufl. 1991