

Ute Sacksofsky

Verfassungsmäßigkeit des geplanten Betreuungsgeldes¹

I. Untersuchungsgegenstand

1. Rechtliche Grundlagen

Die Einführung eines Betreuungsgeldes findet ihre – bisher einzige – normative Grundlage in § 16 Abs. 4 SGB VIII. Die Vorschrift lautet:

„Ab 2013 soll für diejenigen Eltern, die ihre Kinder von ein bis drei Jahren nicht in Einrichtungen betreuen lassen wollen oder können, eine monatliche Zahlung (zum Beispiel Betreuungsgeld) eingeführt werden.“

§ 16 Abs. 4 SGB VIII ordnet noch nicht verbindlich ein Betreuungsgeld an, wie schon der Wortlaut der Norm zeigt. Zwar impliziert die Ausgestaltung als Soll-Vorschrift eine gewisse Absichtserklärung, doch mehr als eine normativ unverbindliche Ankündigung stellt dies nicht dar. [...]

Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode sieht vor:

„Um Wahlfreiheit zu anderen öffentlichen Angeboten und Leistungen zu ermöglichen, soll ab dem Jahr 2013 ein Betreuungsgeld in Höhe von 150,- Euro, gegebenenfalls als Gutschein, für Kinder unter drei Jahren als Bundesleistung eingeführt werden.“²

[...] Wie das Betreuungsgeld genau aussehen soll, ist im Moment noch nicht vorherzusagen.³

2. Gesetzgeberischer Zweck

Für die verfassungsrechtliche Prüfung ist von großer Bedeutung zu klären, welche Zwecke mit einer gesetzgeberischen Regelung verfolgt werden. Aufschluss darüber kann man in erster Linie aus den Gesetzgebungsmaterialien gewinnen; diese sollen daher im Folgenden durchgemustert werden.

a) Gesetzentwurf 2008

Die Vorschrift des § 16 Abs. 4 SGB VIII wurde durch das Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiföG) eingeführt.⁴ Die Begründung des Gesetzentwurfs der die damalige Bundesregierung tragenden Fraktionen von CDU/CSU und SPD, auf die auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung Bezug nimmt, stützt die Ankündigung eines Betreuungsgeldes auf folgende Erwägung:

„Durch Anfügung eines neuen Absatzes 4 an § 16 SGB VIII bringt die Bundesregierung zum Ausdruck, neben dem Ausbau der Kindertagesbetreuung auch die herausragende Leistung der Eltern bei der Erziehung des Kindes zu würdigen.“⁵

b) Parlamentarische Beratungen 2007/2008

In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des zuständigen Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages finden sich weitere Gründe für die Einführung eines Betreuungsgeldes. [...] Der Bericht führt als Ansicht der Fraktion der CDU/CSU aus:

„Schließlich solle ab dem Jahr 2013 für die Eltern, die ihre Kinder nicht in einer Einrichtung oder in Tagespflege betreuen lassen wollten, als Ausgleich eine finanzielle Leistung eingeführt werden.“⁶

[...] In den Verhandlungen im Plenum des Deutschen Bundestages über den Erlass der Regelung zur Einführung des Betreuungsgeldes und dies betreffende Änderungsanträge in den Jahren 2007 und 2008 werden die zwei bisher aufgezeigten Momente der Begründung, Anerkennung und Ausgleich, ebenfalls aufgenommen; hinzu kommt die Bezugnahme auf „Wahlfreiheit“. Der Abgeordnete Bareiß führt für die Fraktion der CDU/CSU aus:

1 Gekürzte Fassung des im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen erstatteten Gutachtens vom Oktober 2010: „Vereinbarkeit des geplanten Betreuungsgeldes nach § 16 Abs. 4 SGB VIII mit Art. 3 und Art. 6 GG“.

2 Koalitionsvertrag „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt“ 2009, S. 68, <http://www.cdu.de/doc/pdf/091026-koalitionsvertrag-cdu-csu-fdp.pdf> (letzter Zugriff: 27.10.2010).

3 Zu Erfahrungen mit ähnlichen Regelungen im Ausland und in einigen Bundesländern: Schuler-Harms: Verfassungsrechtlich präkär, Expertise zur Einführung eines Betreuungsgeldes, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/05040.pdf> (letzter Zugriff

28.10.2010), S. 11 f.; für Thüringen, Norwegen und Finnland: Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung Mannheim (ZEW), Fiskalische Auswirkungen sowie arbeitsmarkt- und verteilungspolitische Effekte einer Einführung eines Betreuungsgeldes für Kinder unter 3 Jahren, Studie i.A. des Bundesministeriums für Finanzen, Abschlussbericht, Dezember 2009, ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/gutachten/Endbericht_Betreuungsgeld2009.pdf (letzter Zugriff 28.10.2010), S. 10 ff.

4 Gesetz vom 10.12.2008 (BGBl. I S. 2403).

5 BT-Drucks. 16/9299, S. 14.

6 BT-Drucks. 16/10357, S. 22.

„Die CDU/CSU-Fraktion will, dass Eltern Betreuungsplätze dort, wo notwendig in Anspruch nehmen können, aber nicht müssen. Wir wollen keine Um-erziehungsprogramme, sondern wirkliche Wahlfreiheit – das ist der große Unterschied zu ihren Vorstellungen.“⁷

[...]

c) Parlamentarische Beratungen 2010

2010 wurde die Einführung des Betreuungsgeldes noch einmal im Deutschen Bundestag beraten. Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und einige Abgeordnete hatten einen Gesetzentwurf zur Aufhebung der Ankündigung eines Betreuungsgeldes vorgelegt.⁸ Als Gründe für das Betreuungsgeld führten Redner der CDU/CSU wiederum Anerkennung, Ausgleich und Wahlfreiheit an:

„Für mich ist das Betreuungsgeld eine Anerkennung, die der Staat leistet für die Erziehungsleistung von Vater oder Mutter, je nachdem, wer die Erziehung des Kindes daheim übernimmt“⁹ ...

„Zum Zweiten ist das Betreuungsgeld ein Ausgleich. Auf der einen Seite wird viel Geld für die Kitas ausgeben, und auf der anderen Seite soll, obwohl die gleiche Leistung erbracht wird, kein Geld bezahlt werden – nicht einmal Betreuungsgeld, was ja ein minimaler Betrag ist? Das ist sicherlich nicht gerecht.“¹⁰ „Außerdem sind wir der Meinung, dass Eltern einen Ausgleich erhalten müssen, wenn sie sich gegen eine subventionierte Fremdbetreuung entscheiden.“¹¹

„Wir wollen echte Wahlfreiheit für Familien.“¹²

Möglicherweise ließe sich den Ausführungen des Abgeordneten Geis ein weiteres Argument, etwa im Hinblick auf soziale Notwendigkeit, entnehmen:

„Drittens. Natürlich wird auch dieser geringe Betrag von 150 Euro gebraucht werden. Es ist nicht so, dass die Mutter auf die 150 Euro gern verzichtet ... Die Mutter muss dann abends nicht an die Kasse gehen und keinen Dienst nebenher tun, sondern sie kann diese 150 Euro für sich in Anspruch nehmen. Gleiches gilt für den Vater, der die Kinder daheim erzieht.“¹³

d) Fazit

Drei Zwecke lassen sich aus der Gesetzesbegründung und den Beratungen im Deutschen Bundestag als zentrale Anliegen der Befürworter eines Betreuungsgeldes herauskristalisieren: Anerkennung, Ausgleich und Wahlfreiheit. Hinzu kommt möglicherweise der Hinweis auf sozialstaatliche Überlegungen.

Dabei fällt auf, dass ein Zweck in den Gesetzesmaterialien nicht explizit genannt wird, der bei der Einführung eines Betreuungsgeldes eigentlich auf der Hand liegt. Die Formen staatlichen Handelns beschränken sich nicht auf Regelung durch Ge- oder Verbote, die dem Bürger ein bestimmtes Verhalten verbindlich vorschreiben. Manchmal setzt der Staat auf finanzielle Anreize, um die Bürger zu einem gewünschten Verhalten zu bewegen. Subventionen, Steuervergünstigungen und Abgabenbefreiungen sind schon seit Jahrhunderten praktizierte Steuerungsformen. Durch die Zulagen im Rahmen der „Riester-Rente“ fördert der Staat beispielsweise den Aufbau der privaten Altersvorsorge, für den Bau eines Eigenheims wurde über Jahrzehnte im Einkommenssteuerrecht eine Steuervergünstigung eingeräumt. Immer geht es darum, den Bürger zu einem bestimmten Verhalten anzuregen, indem das gewünschte Verhalten finanziell attraktiver gemacht wird. Das geplante Betreuungsgeld entspricht von der Normstruktur her genau diesen Regelungen. Der Staat bezahlt Geld, wenn ein Elternteil sein Kind im Alter von bis zu drei Jahren zuhause betreut. Eltern, die ihr Kind in einer öffentlichen Einrichtung betreuen lassen, bekommen diese Summe nicht ausbezahlt; im Gegenteil kostet die Nutzung einer Kinderbetreuungseinrichtung regelmäßig Geld. Damit setzt der Staat einen Anreiz dafür, dass Eltern ihre Kinder im Alter bis zu drei Jahren zuhause betreuen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die verfassungsrechtliche Prüfung nicht auf die explizit vom Gesetzgeber genannten Zwecke beschränkt. Alle denkbaren Zwecke sind grundsätzlich geeignet, eine gesetzliche Regelung zu rechtfertigen. In die folgende Untersuchung sind daher alle fünf Zwecke einzubeziehen, denen die Einführung eines Betreuungsgeldes nützen könnte: Wahlfreiheit, Anerkennung, Ausgleich, sozialstaatliche Überlegungen und Setzung von Anreizen für häusliche Kinderbetreuung.

[...]

7 Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 16. Wahlperiode, 126. Sitzung vom 15.11.2007, Plenarprotokoll 16/126, S. 13240 (D).

8 BT-Drucks. 17/1579.

9 Abg. Norbert Geis, Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 17. Wahlperiode, 49. Sitzung vom 17.6.2010, Plenarprotokoll 17/49, S. 5043 (B).

10 Abg. Geis, aaO, S. 5043 (D).

11 Abg. Wanderwitz, aaO, S. 5050 (C).

12 Abg. Wanderwitz, aaO, S. 5050 (C).

13 Abg. Geis, aaO, S. 5044 (A).

II. Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 GG

[...] Angesichts des Umstandes, dass es sich beim Betreuungsgeld um eine Maßnahme der Familienförderung handelt, mag dies auf den ersten Blick so erscheinen, als ob das Betreuungsgeld gerade der Verwirklichung des Schutzgebotes der Familie dienen und von daher verfassungsrechtlich unbedenklich sein müsste. Erforderlich ist daher zunächst, die Gehalte und Maßstäbe des Art. 6 Abs. 1 GG genauer herauszuarbeiten (1.-3.), um dann analysieren zu können, ob das geplante Betreuungsgeld diesen Maßstäben entspricht (4.).

1. Wirkungsdimensionen des Art. 6 Abs. 1 GG

Art. 6 Abs. 1 GG enthält verschiedene Wirkungsdimensionen: Die Norm ist zugleich Institutsgarantie, Freiheitsrecht, wertentscheidende Grundsatznorm, Förderungsauftrag und besonderer Gleichheitssatz.¹⁴ Fraglich ist, welche dieser Wirkungsdimensionen des Art. 6 Abs. 1 GG durch die Einführung eines Betreuungsgeldes betroffen sein könnten und wie diese einander zuzuordnen sind.

Zwei Wirkungsdimensionen scheiden von vornherein aus: Institutsgarantie und besonderer Gleichheitssatz. Die Institutsgarantie schützt den „Kern“ der Vorschriften des Ehe- und Familienrechts;¹⁵ dieser Kern wird durch die Einführung eines Betreuungsgeldes offensichtlich nicht tangiert. Als besonderer Gleichheitssatz verbietet Art. 6 Abs. 1 GG, Ehe und Familie gegenüber anderen Lebens- und Erziehungsgemeinschaften schlechter zu stellen.¹⁶ Dieser wäre – bezogen auf Familie – nur einschlägig, wenn Kinderlose und Eltern unterschiedlich behandelt würden; dies ist beim Betreuungsgeld nicht der Fall.

Als Freiheitsrecht verpflichtet Art. 6 Abs. 1 GG den Staat, Eingriffe in die Familie zu unterlassen. Es berechtigt die Familienmitglieder, ihre Gemeinschaft nach innen in familiärer Verantwortung und Rücksicht frei zu gestalten.¹⁷

Diese freiheitsrechtliche Gewährleistung findet ihre objektiv-rechtliche Verstärkung in der Geltung des Art. 6 Abs. 1 GG als „wertentscheidende Grundsatznorm“.¹⁸ [...]

Schon früh hat das Bundesverfassungsgericht auch einen Förderauftrag für Ehe und Familie anerkannt: Der in Art. 6 Abs. 1 GG statuierte besondere Schutz der staatlichen Ordnung für Ehe und Familie enthalte die positive Aufgabe für den Staat, Ehe und Familie nicht nur vor Beeinträchtigungen durch an-

dere Kräfte zu bewahren, sondern auch durch geeignete Maßnahmen zu fördern.¹⁹

2. Konkretisierung des freiheitsrechtlichen Gehalts

Seit langem ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass die Entscheidung über die Aufgabenverteilung in der Ehe der freien Entscheidung der Eheleute unterliegt.²⁰ In einer 1998 getroffenen Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht näher konkretisiert, was diese freie Entscheidung über die Arbeitsteilung für die Familie bedeutet. Das Gericht führte aus:

„Art. 6 Abs. 1 GG garantiert als Abwehrrecht die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des ehelichen und familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden [...]. Deshalb hat der Staat die Familiengemeinschaft sowohl im immateriell-persönlichen als auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich in ihrer jeweiligen eigenständigen und selbstverantwortlichen Ausgestaltung zu respektieren [...]. Demgemäß dürfen die Eltern ihr familiäres Leben nach ihren Vorstellungen planen und verwirklichen und insbesondere in ihrer Erziehungsverantwortung 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. Die Eltern bestimmen, vorbehaltlich des Art. 7 GG, in eigener Verantwortung insbesondere, ob und inwieweit sie andere zur Erfüllung ihres Erziehungsauftrags heranziehen wollen.“²¹

Das Gericht leitet aus diesen Grundsätzen ab, dass der Betreuungsbedarf bei allen Eltern leistungsmindernd berücksichtigt werden muss und formuliert:

„Neben der Pflicht, die von den Eltern im Dienst des Kindeswohls getroffenen Entscheidungen anzuerkennen und daran keine benachteiligenden Rechtsfolgen zu knüpfen, ergibt sich aus der Schutzpflicht des Art. 6 Abs. 1 GG auch die Aufgabe des Staates, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern. Die Kinderbetreuung ist eine Leistung, die auch im Interesse der Gemeinschaft liegt und deren Anerkennung verlangt.“²²

14 Etwas andere Benennung und Zuordnung der verschiedenen Wirkungsdimensionen bei Gröschner, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd I, Art. 6 Rn. 30 ff.

15 BVerfGE 10, 59, 66; 80, 81, 92; 105, 313, 342.

16 BVerfGE 99, 216, 232.

17 BVerfGE 80, 81, 92.

18 BVerfGE 80, 81, 93.

19 BVerfGE 6, 55, 76; 55, 114, 126; 76, 1, 41 f.; 82, 60, 81; 87, 1, 35.

20 Siehe etwa: BVerfGE 39, 169, 183; 48, 327, 296 f.; 61, 319, 347.

21 BVerfGE 99, 216, 231 f. [die ausgelassenen Stellen enthalten lediglich Verweise]

22 BVerfGE 99, 216, 234.

Die vorstehenden Ausführungen entstammen der Entscheidung zur Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten und Haushaltsfreibetrag, die nach der damaligen Regelung im Einkommensteuergesetz nur von alleinstehenden, nicht aber von verheirateten Eltern beansprucht werden konnten. [...] In diesem zentralen Bereich menschlichen Lebens ist es in der Tat Sache der Einzelnen zu entscheiden, wie sie diesen gestalten wollen. Teil dieser Freiheit ist es, dass der Staat es unterlassen muss, benachteiligende Rechtsfolgen an das gewählte Lebensführungsmodell zu knüpfen. Schlagwortartig zusammengefasst: „Dem Staat muss jede Familie gleich viel wert sein“. In diesem Sinne kann man auch Art. 6 Abs. 1 GG als „Neutralitätsgebot“ verstehen.²³ Allenfalls andere Verfassungsvorschriften, insbesondere etwa die Regelungen zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen, sind prinzipiell geeignet, dieses Neutralitätsgebot zu modifizieren.²⁴

3. Verhältnis von Förderauftrag und Freiheitsrecht
Grundsätzlich gesteht das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Familienförderung Gestaltungsfreiheit zu.²⁵ Doch wäre es voreilig, aus dieser Formulierung zu schließen, dass der Gesetzgeber völlig frei in der Wahl der Familienfördermaßnahmen wäre. Auch die Annahme eines Gestaltungsspielraums entbindet nicht von der Beachtung der weiteren verfassungsrechtlichen Vorgaben. Diese schränken den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers selbstverständlich ein.

Dies sieht auch das Bundesverfassungsgericht nicht anders. Wenn es die große Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers betont, geschieht dies in ganz anderer Perspektive. Denn das Gericht setzt diese Ausführungen ein, um die Behauptung zurückzuweisen, dass der Gesetzgeber zu bestimmten Formen der Familienförderung verpflichtet sei.²⁶ Hier ist das Gericht zu Recht sehr zurückhaltend. Es betont, dass die staatliche Familienförderung durch finanzielle Leistungen unter dem Vorbehalt des Möglichen und im Kontext anderweitiger Fördernotwendigkeiten steht.²⁷ [...]

Der Gesetzgeber ist daher grundsätzlich frei darin, in welchem Ausmaß und durch welche Instrumente er Familienförderung betreibt, solange er nicht das verfassungsrechtlich gebotene – freilich

sehr schwer zu bestimmende – Untermaß unterschreitet. Doch die Frage, welche Familien der Staat fördert, unterliegt nicht im selben Ausmaß der freien Entscheidung des Gesetzgebers.

In seiner freiheitsrechtlichen Dimension verlangt Art. 6 Abs. 1 GG, dass Familienförderung so ausgestaltet ist, dass sie grundsätzlich allen Familien zu Gute kommt. Nur wenn der Staat rechtfertigende Gründe hat, darf er die Förderung auf bestimmte Gruppen von Familien beschränken. Ein Grund, der prinzipiell die unterschiedliche Förderung von Familien rechtfertigen kann, ist etwa die soziale Bedürftigkeit.²⁸ Doch diese rechtfertigenden Gründe dürfen nicht selbst wieder gegen den Freiheitsgehalt des Art. 6 Abs. 1 GG verstoßen. Kern des Art. 6 Abs. 1 GG ist die freie Entscheidung der Eltern über die Ausgestaltung ihrer familiären Gemeinschaft. Der Gesetzgeber darf daher Familienförderung nicht davon abhängig machen, dass die Eltern ihre Lebensgemeinschaft in einer Weise führen, die dem Staat „besser gefällt“. Eine Präferenz für eine bestimmte Form der Familie darf staatlicherseits nicht festgelegt und erst recht nicht mit Rechtsfolgen versehen werden. Denn „jede Förderung eines bestimmten Familientyps bewirkt zugleich eine Diskriminierung der anderen Familientypen.“²⁹

4. Beurteilung des Betreuungsgelds

Das Betreuungsgeld stellt eine finanzielle Leistung des Staates zur Förderung bestimmter Familien dar. Eine solche Beschränkung der Familienförderung auf bestimmte Familien ist nur zulässig, wenn sie durch verfassungsrechtlich legitime Gründe gerechtfertigt werden kann. Um dies beurteilen zu können, sollen die oben herausgearbeiteten Zwecke,³⁰ die mit der Einführung eines Betreuungsgeldes beabsichtigt werden, näher analysiert werden.

a) Betreuungsgeld aus sozialstaatlichen Gründen

Eine Rechtfertigung des Betreuungsgelds aus sozialstaatlichen Gründen scheidet aus. Wenn es um soziale Bedürftigkeit ginge, müsste das Betreuungsgeld an Familien mit geringem Einkommen bezahlt werden, unabhängig davon, ob in dieser Familie beide Elternteile erwerbstätig sind oder nicht. [...]

23 So etwa: Brosius-Gersdorf, Betreuungsgeld: Barleistung für Alleinverdienerefamilien und Gutscheine für „Hartz IV-Familien“, ZRP 2010, S. 84, in diese Richtung auch: Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 533 ff.; Lang, Welche Maßnahmen empfehlen sich, um die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern?, Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, 1994, S. O 61 (O 71 f.); Seiler, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 (132 f.).

24 Dazu unten Abschnitt III.

25 BVerfGE 87, 1, 35 f.; 103, 242, 260.

26 Diesen anderen Kontext berücksichtigt Schuler-Harms in ihrer Ablehnung eines Neutralitätsgebotes nicht hinreichend, a.a.O. Fn. 3, S. 19 ff.

27 BVerfGE 103, 242, 259; ähnlich auch schon BVerfGE 87, 1, 35f. m.w.Nachw.

28 BVerfGE 97, 332, 349.

29 Lang, a.a.O. Fn. 23, S. O 72.

30 Dazu oben Abschnitt I.2.

b) Betreuungsgeld und „Wahlfreiheit“

Als weiteres Argument berufen sich die Befürworter eines Betreuungsgeldes auf „Wahlfreiheit“. [...] Fraglich ist aber, ob das Betreuungsgeld wirklich Wahlfreiheit vermittelt oder nur freie Wahl suggeriert. Betrachtet man das Betreuungsgeld unbefangen, wirkt es offensichtlich Wahlfreiheit entgegen. Denn es knüpft an die private Entscheidung über die Form der Kinderbetreuung je nachdem, wie sie ausfällt, finanzielle Leistungen. Es ist schwer vorstellbar, dass in irgendeinem anderen Kontext in der Auslobung finanzieller Zuwendungen für nur eine von zwei Alternativen eine Förderung der Wahlfreiheit zwischen zwei Alternativen gesehen würde. Man stelle sich vor, der Staat würde für den Beitritt zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft eine Zahlung gewähren, während für den Beitritt zu einer anderen Religionsgemeinschaft keine staatliche Förderung erfolgte.

Das Betreuungsgeld könnte allenfalls in den Fällen als Realisierung von Wahlfreiheit begriffen werden, in denen ohne das Betreuungsgeld eine Entscheidung für häusliche Betreuung unmöglich wäre. Doch dies betrifft nur eine winzige Gruppe von Familien, nämlich nur diejenigen, die sich wegen fehlender 150 Euro im Familieneinkommen die Entscheidung für die häusliche Betreuung durch ein Elternteil nicht leisten können.³¹ Allein der Umstand, dass die häusliche Betreuung möglicherweise mit einem Erwerbsverzicht eines Elternteils einhergeht begründet nicht, dass zuvor keine „Wahlfreiheit“ bestanden hätte. Jede Entscheidung zwischen zwei Alternativen bringt immaterielle und materielle Kosten und Nutzen mit sich. Indem der Staat durch die Einführung eines Betreuungsgeldes die eine Alternative attraktiver macht, verändert er die Kosten und Nutzen der Entscheidung. Er macht die eine Alternative attraktiver, das Betreuungsgeld fungiert dann als eine Art von „Belohnung“. Hierin liegt keine Förderung von Wahlfreiheit für Private, sondern die staatliche Förderung einer Alternative – das Gegenteil von privater Wahlfreiheit. [...]

c) Betreuungsgeld als „Anerkennung“

Nach Auffassung der Befürworter soll das Betreuungsgeld die staatliche Anerkennung für die Erziehungsleistung des daheim betreuenden Elternteils ausdrücken. Doch dieses Argument läuft dem Kern des Freiheitsrechts zuwider. Art. 6 Abs. 1 GG verlangt die Anerkennung der Erziehungsleistung aller Eltern, unabhängig davon, wie sie die Kinderbetreuung ausgestalten. Denn auch die Eltern, deren Kinder eine gewisse Zeit durch Dritte betreut werden, er-

bringen eine erhebliche Erziehungsleistung. Typischerweise umfasst die außerhäusliche Betreuung höchstens ein Drittel der Stunden eines Tages, hinzu kommen die Wochenenden. Die Annahme, erwerbstätige Eltern bedürften keiner Anerkennung ihrer Erziehungsleistung ist nicht nur grotesk, sondern widerspricht unmittelbar der Intention des Freiheitsrechts des Art. 6 Abs. 1 GG. Wenn Art. 6 Abs. 1 GG die freie Entscheidung der Eltern über die Ausgestaltung ihrer Erziehungsarbeit schützt, darf der Staat nicht die eine Form „anerkennen“ und die andere nicht. [...]

d) Betreuungsgeld als „Ausgleich“

Die Idee des Betreuungsgeldes als Ausgleich firmiert ebenfalls stark in den Begründungsgängen der Befürworter. Dabei lässt sich an Ausgleich in drei unterschiedlichen Richtungen denken.

Zum einen könnte der Verlust an Erwerbseinkommen, den die häusliche Kinderbetreuung mit sich bringt, Anlass für einen Ausgleich sein. Doch reicht diese nur sehr pauschale Annahme nicht aus. Es ist nicht zwingend, dass die häusliche Betreuung mit Erwerbsverlust einhergeht. Denn nicht in allen Fällen würde der erziehende Elternteil ansonsten Erwerbseinkommen erzielen. Zudem ist der Verzicht auf außerhäusliche Erwerbsarbeit auch mit erhebli-

³¹ Zum sozialen Problem der Anreizwirkung vgl. auch Schuler-Harms, Expertise, S. 15; zu einer Verhaltensprognose unter

Berücksichtigung mehrerer Faktoren vgl. ZEW-Studie, 2009, a.a.O., Fn. 3.

chem Zugewinn verbunden. Teils wird dies als das „Schatteneinkommen“ der Hausfrau bezeichnet. Denn im Managen des Haushalts werden erhebliche – auch finanziell wirksame – Leistungen erbracht. Alleinerziehende und beidseits erwerbstätige Eltern müssen für solche Leistungen entweder fremde Hilfe in Anspruch nehmen, die sie dann auch bezahlen müssen, oder sie verzichten auf diese Leistungen – ökonomisch gesehen stellt auch dies Kosten dar. Außerdem subventioniert der Staat bei verheirateten Müttern durch Ehegattensplitting und beitragsfreie Krankenversicherung diese Ausgestaltung des familiären Lebens ohnehin in erheblichem Umfang. Schließlich erleben viele Eltern, auch wenn sie berufstätig bleiben, Einbußen im Erwerbseinkommen, weil sie entweder in geringerem Umfang arbeiten oder auf Karrierefortschritte verzichten. Die Idee des Ausgleichs ist also viel weniger eindeutig, als sie auf den ersten Blick scheint. Aber selbst wenn die Ausgleichsidee in einer typisierten Weise zuträfe, wäre der Staat nicht berechtigt, einen solchen „Ausgleich“ vorzunehmen. Durch die Veränderung der Entscheidungsparameter der privaten Entscheidung verstieße der Staat gegen die Verpflichtung zur Neutralität gegenüber verschiedenen Familienformen. (s.o. Abschnitt II.2.)

Zum Zweiten könnte der Ausgleichsgedanke statt auf die einzelne Familie auf die Berücksichtigung der verschiedenen Familienmodelle im staatlichen Haushalt bezogen werden. Da erhebliche staatliche Mittel in den Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen gesteckt werden, müsse auch das andere „Familienmodell“ staatliches Geld erhalten. Auch diese Argumentation kann nicht überzeugen. Mit dem Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen erfüllt der Staat eine ihm auferlegte Aufgabe. Das Bundesverfassungsgericht hat es als Pflicht des Staates formuliert,

„Grundlagen dafür zu schaffen, daß Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt.“³²

Die Verbesserung der Angebote der institutionellen Kinderbetreuung wird dabei explizit als eine der Maßnahmen genannt, die der Staat vorzunehmen hat.³³ Erfüllt der Staat aber ihm obliegende Aufgaben,

gibt es nichts „auszugleichen“. Dies gilt zumal, da die Transferleistungen der Familienförderung durch den Staat ein ungeheuer komplexes System darstellen, so dass ein „Ausgleich“ auf der individuellen Ebene nicht berechenbar wäre.

Zum Dritten könnte der „Ausgleich“ bezogen werden auf die Nicht-Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung. Kinderbetreuungseinrichtungen sind teuer, die Gebühren, die von den Eltern für den Besuch dieser Einrichtung erhoben werden, decken die Kosten bei weitem nicht ab. Zu überlegen wäre, ob der Staat denjenigen, die diese Einrichtung nicht nutzen, durch Barzahlung einen Ausgleich zuwenden darf.³⁴ Doch ein solches Herangehen wäre prinzipiell unzulässig. Die staatliche Schaffung einer Einrichtung wird dadurch gerechtfertigt, dass sie im öffentlichen Interesse liegt. Dies hat zwar nicht zur Konsequenz, dass die Nutzung einer öffentlichen Einrichtung deshalb immer kostenlos möglich sein müsste, doch die umgekehrte Variante, die Nicht-Nutzer zu bezahlen, entzieht der Schaffung der Einrichtung die notwendige Legitimation. Diejenigen, die keine Bücher aus öffentlichen Bibliotheken ausleihen, nicht schwimmen gehen oder keine Opern- oder Theateraufführungen besuchen, können staatlicherseits nicht für die Nicht-Inanspruchnahme „entschädigt“ werden. Wenn der Staat ein Interesse daran hat, dass seine Bürgerinnen und Bürger die Einrichtung nicht nutzen, muss er die Schaffung dieser Einrichtung unterlassen.

III. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 2 GG

Das Betreuungsgeld könnte auch der Gleichberechtigungsgarantie von Art. 3 Abs. 2 GG widersprechen. In Betracht kommt insbesondere ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.

1. Gehalt des Verfassungsauftrags

Von Anfang an hatte das Grundgesetz der Gleichberechtigung von Männern und Frauen besondere Aufmerksamkeit gewidmet. In zwei Absätzen konkretisierte es die Gleichbehandlung der Geschlechter: In Art. 3 Abs. 2 GG (a.F.)³⁵ ordnete es die Gleichberechtigung von Männern und Frauen an, in Art. 3 Abs. 3 GG verbot es zudem die Bevorzugung oder Benachteiligung wegen des Geschlechts. Das Bundesverfassungsgericht hat dieser Vorschrift schon früh ein Gleichberechtigungsgebot entnommen:³⁶

32 BVerfGE 88, 203, 260.

33 BVerfGE 88, 203, 260; 99, 216, 234.

34 In diese Richtung Seiler, a.a.O. Fn. 23, der in der Kinderbetreuung im Falle hoheitlicher Trägerschaft durch den steuerfinanzierten Verzicht auf äquivalent bemessene Gebühren eine ökonomische Transferleistung sieht (S. 123), die im Falle elterlicher Eigenbetreuung ausgeglichen werden soll (S. 129).

35 In der ursprünglichen Fassung des Grundgesetzes bestand Art. 3 Abs. 2 GG nur aus diesem einen Satz.

36 Ausführlich zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 2 GG: Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 23 ff. und 386 ff.

„Der Satz ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen.“³⁷

Mit der Verfassungsreform 1994 wurde Art. 3 Abs. 2 GG durch einen zweiten Satz ergänzt, der den Verfassungsauftrag explizit ins Grundgesetz aufnahm. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG lautet:

„Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

[...] Freilich erkennt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei der Frage, wie er diesem Gebot nachkommt, Gestaltungsspielraum zu:

„Die Art und Weise, wie der Staat seine Verpflichtung erfüllt, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, obliegen seiner Ausgestaltungsbefugnis.“³⁸

[...] Doch dies hat nicht zur Folge, dass der Verfassungsauftrag deshalb wirkungslos wäre. Ein Gesetz, das dem Ziel der tatsächlichen Gleichberechtigung zuwiderläuft, ist verfassungswidrig.³⁹ Denn hier gelten die funktionell-rechtlichen Bedenken, die beim Anspruch auf Erlass einer bestimmten Maßnahme den gerichtlichen Prüfungsmaßstab reduzieren, nicht. Es entspricht dem typischen Charakter gerichtlicher Tätigkeit, eine konkrete Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verfassungsauftrag zu überprüfen.

Bezogen auf den Gleichberechtigungssatz bedeutet dies: Regelungen sind nicht schon dann verfassungswidrig, wenn andere Maßnahmen zur Förderung tatsächlicher Gleichstellung geeigneter oder wirksamer wären.⁴⁰ Das Gleichstellungsziel verbietet aber Normierungen, die die überkommene Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern verfestigen.⁴¹ Dies gilt insbesondere für neu eingeführte gesetzliche Regelungen. Der Verfassungsauftrag ist in erster Linie zukunftsbezogen. Der Staat muss bei allen

Maßnahmen, die er neu erlässt, den Verfassungsauftrag beachten.

2. Betreuungsgeld und Verfassungsauftrag

Das Betreuungsgeld ist geschlechtsneutral formuliert. Es kann Müttern wie Vätern zugutekommen. Doch wäre es voreilig aus dem Fehlen einer unmittelbaren Verwendung des Merkmals Geschlecht zu schließen, dass deshalb eine Verletzung des Gleichberechtigungssatzes ausscheide. Denn eine formale Betrachtungsweise reicht für die Beurteilung nach Art. 3 Abs. 2 GG nicht aus, sondern es müssen die realen Wirkungsbedingungen einbezogen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich hervorgehoben, dass über die unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus, die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung ebenfalls Bedeutung erlangen: Die Durchsetzung der Gleichberechtigung könne auch durch Regelungen gehindert werden, die zwar geschlechtsneutral formuliert seien, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschiede oder der gesellschaftlichen Bedingungen überwiegend Frauen betreffen.⁴²

Auch heute gilt für die Gesellschaft der Bundesrepublik noch, dass die häusliche Betreuung von Kleinkindern ganz überwiegend von Müttern und nicht von Vätern wahrgenommen wird.⁴³ Von allen Regelungen in diesem Bereich sind also Frauen wesentlich stärker betroffen als Männer. [...] Der Verfassungsauftrag verbietet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Verfestigung der überkommenen Rollenverteilung.⁴⁴ Es ist daher offensichtlich, dass eine Regelung, die darauf zielt, mehr Mütter dazu zu bewegen, ihre Kinder zuhause zu betreuen, dem Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG zuwiderläuft. [...]

Somit erklärt sich die geradezu überraschende Lücke in der Begründung des Betreuungsgelds durch die Befürworter.⁴⁵ Hätten die Befürworter eindeutig das Ziel verfolgt, mehr Mütter dazu zu bewegen, ihre Berufstätigkeit (zumindest vorübergehend) aufzugeben, um häusliche Kinderbetreuung zu übernehmen, wäre dies offensichtlich verfassungswidrig. Nach Angaben der Befürworter soll dies aber nicht das Ziel der Regelung sein, sondern – wie oben dargestellt – andere Ziele sollen die Regelung tragen. Dennoch bleibt festzuhalten, dass die Regelung den Effekt hat, es Frauen nahezulegen, die Zeiten der häuslichen Kin-

37 In dieser Weise fasst das Bundesverfassungsgericht 1991 selbst seine frühere Rechtsprechung zusammen, BVerfGE 85, 191, 207 unter Berufung auf BVerfGE 15, 227, 345; 48, 327, 340; 57, 335, 345 f., die ähnliche Formulierungen verwendeten.

38 BVerfGE 109, 64, 90.

39 Ähnlich auch Rüfner, in: Dolzer et al. (Hg.), Bonner Kommentar, Stand 2010, Art. 3 Abs. 2 und 3, Rn. 688.

40 Schuler-Harms, a.a.O. Fn. 3, S. 22.

41 BVerfGE 85, 191, 210.

42 BVerfGE 113, 1, 15 f.

43 Befund mit Zahlen bei Knickrehm, Familienförderung: Finanzielle und institutionell, in: Familie und Sozialleistungen, SDSRV 57, 2008, S. 151 (155): In Deutschland sinkt die Beschäftigungsquote von Frauen deutlich, wenn die Betreuung kleiner Kinder erforderlich ist.

44 BVerfGE 85, 191, 210.

45 Siehe oben Abschnitt I. 3.e).

derbetreuung über das erste Lebensjahr des Kindes hinaus auszudehnen. Selbst wenn die tatsächlich steuernden Effekte angesichts der niedrigen voraussichtlichen Höhe des Betreuungsgeldes begrenzt sein mögen,⁴⁶ ist die symbolische Wirkung doch erheblich.

Dies ist im Lichte des Verfassungsauftrags auf Förderung der Gleichberechtigung nicht unproblematisch. Schon jetzt wird die Hausfrauentätigkeit durch vielfältige Instrumente, wie etwa das Ehegattensplitting oder die beitragsfreie Mitversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung, gefördert.⁴⁷ [...] Der Verfassungsauftrag verlangt Schritte in die „richtige Richtung“, also dahin, Frauen die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu ermöglichen.⁴⁸ Das Betreuungsgeld läuft dem entgegen.

[...] Die Ehe kann nicht länger als lebenslanges Versorgungsinstitut für Hausfrauen begriffen werden. Die Hausfrauentätigkeit wird zunehmend prekär und ist mit erheblichen Armutsrisiken im Alter oder nach der Scheidung verbunden.⁴⁹ Dem Verfassungsauftrag der Durchsetzung tatsächlicher Gleichberechtigung entspricht es daher nicht, Frauen Anreize zu dieser prekären Lebensform zu geben. [...]

IV. Ergebnis

Die geplante Einführung eines Betreuungsgeldes verstößt gegen den Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG und gegen den Verfassungsauftrag zur Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.

Art. 6 Abs. 1 GG verlangt, dass der Staat die Ausgestaltung der Kinderbetreuung der freien Entscheidung der Eltern überlässt. Grundsätzlich muss jede Familie dem Staat gleich viel wert sein, muss Familienförderung allen Familien zugute kommen. Will der Staat Familienförderung auf bestimmte Typen von Familien beschränken, muss er dafür gute Gründe haben. Keines der mit einem Betreuungsgeld verfolgten Ziele ist geeignet, die durch das Betreuungsgeld verursachte Ungleichbehandlung verschiedener Familienformen zu rechtfertigen.

Der Verfassungsauftrag nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verbietet dem Staat, die überkommene Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen zu verfestigen. Zwar knüpft das Betreuungsgeld nicht unmittelbar an das Merkmal Geschlecht an, sondern kann grundsätzlich von Müttern wie Vätern beansprucht werden. Doch in der gesellschaftlichen Wirklichkeit wird auch heute noch die Betreuung von Kleinkindern ganz überwiegend von Müttern übernommen. Die mit dem längeren Ausscheiden aus dem Beruf einhergehenden Risiken werden daher vor allem Frauen betreffen. Das Betreuungsgeld hat den Effekt, die überkommene Rollenverteilung zu verfestigen. Es verstößt damit gegen den Verfassungsauftrag nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.

46 Dazu ZEW-Studie, a.a.O. Fn. 3, S. 78.

47 Zur Benachteiligung von Müttern im Steuerrecht etwa: Sacksofsky, Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern, in: Hohmann-Dennhardt u.a. (Hg.), Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr, 2010, S. 363; Ahmann, Die berufstätige Mutter – das Stiefkind im Steuerrecht, NJW 2002, S. 633.

48 BVerfGE 97, 332, 348; 88, 203, 260; zustimmend Kokott, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot in der Rechtspre-

chung des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura/ Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 127 (152 f.).

49 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010-2015, Mitteilung vom 21.09.2010, KOM (2010) 492 endg., SEK(2010) 1079, 1080, S. 5.