

DEUTSCHES INSTITUT
FÜR JUGENDHILFE UND
FAMILIENRECHT e. V.



FORUM FÜR FACHFRAGEN

Postfach 10 20 20
D-69010 Heidelberg

Fon 0 62 21/98 18-0
Fax 0 62 21/98 18-28

institut@dijuf.de
www.dijuf.de

STELLUNGNAHME

**des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e.V.
(DIJuF)**

vom 24. Februar 2014

**zum Normenkonrollantrag des Senates der Freien und Hansestadt
Hamburg vom 20. Februar 2013 auf Feststellung der Unvereinbarkeit
mit dem Grundsatz und der Nichtigkeit des Gesetzes zur Einführung
eines Betreuungsgeldes (Betreuungsgeldgesetz) vom 15. Februar 2013
(BGBl. I S. 254)**

Inhalt

I. Einführung.....	3
II. Verfassungsmäßigkeit.....	3
1. Formelle Verfassungsmäßigkeit.....	3
a) Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG).....	3
b) Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG).....	5
2. Materielle Verfassungsmäßigkeit	7
a) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG	7
b) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG	12

I. Einführung

Der Normenkontrollantrag des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg vom 20. Februar 2013 begehrt die Feststellung der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz und die Nichtigkeit des Gesetzes zur Einführung eines Betreuungsgelds. Dieses sei wegen des Verstoßes gegen Art. 70 iVm Art. 72 Abs. 2, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG formell und wegen des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 und 2 sowie Art. 6 Abs. 1 GG materiell verfassungswidrig.

Auch das Deutsche Institut für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJUF) hält das Betreuungsgeldgesetz für verfassungswidrig. Es teilt die Auffassung, dass dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit für den Erlass des Betreuungsgeldgesetzes fehlte. In materiell-rechtlicher Hinsicht wird ebenfalls ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG gesehen, nicht jedoch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG.

II. Verfassungsmäßigkeit

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

a) Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. Abs. 1 Nr. 7 GG)

aa) Der Begriff der öffentlichen Fürsorge ist nicht eng auszulegen (BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751). Er umfasst auch vorbeugende Maßnahmen und ist nicht auf die traditionellen Fürsorgegebiete beschränkt, sondern öffnet sich auch gegenüber neuen Lebenssachverhalten (*Kunig*, in: von Münch/ders., GG, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rn 28 ff). Entscheidend ist, dass die Maßnahme in ihren wesentlichen Strukturelementen dem Bild entspricht, das durch die klassische Fürsorge geprägt ist (BVerfGE 106, 62, 133 = NJW 2003, 41 mit Verw. auf BVerfGE 75, 108, 146 = NJW 1987, 3115).

Klassische Fürsorge meint insbesondere die von der Sozialhilfe iSd §§ 1, 8 SGB XII abgedeckten Bereiche (*Kunig* Art. 74 Rn 29), mithin Lebenssachverhalte, die an eine bestimmte wirtschaftliche oder soziale Bedarfslage anknüpfen. Auch wenn der Begriff nach der Entwicklung, den er in der Rechtsprechung des BVerfG genommen hat, nicht notwendig eine konkrete Notlage voraussetzt (*Degenhart*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 74 Rn 36 ff; mit Verw. insb. auf Jugendpflege und Jugendschutz), muss ein Bezug zu einer potenziellen Unterstützungsbedarfslage und ein entsprechender Schwerpunkt der jeweiligen Regelung gegeben sein (vgl *Maunz*, in: ders./Düring, Stand: Juni 2007, GG, Art. 74 Rn 112).

bb) Die wesentlichen Strukturelemente einer Regelung sind ihre Zielsetzung sowie ihre

konkrete Ausgestaltung. Nach der Gesetzesbegründung sind Ziele des Betreuungsgelds (vgl insg. BT-Drucks 17/9917, 1),

- den Eltern Wahlfreiheit in Bezug auf die Betreuung ihrer Kinder zu eröffnen,
- gleichzeitig einen Ausgleich zu schaffen für diejenigen Eltern, die keinen öffentlich geförderten Betreuungsplatz in Anspruch nehmen und
- als Anerkennungsleistung für die Erziehungsleistung der Eltern zu fungieren, die die Betreuung ihrer Kinder im privaten Umfeld organisieren.

Tatbestandlich setzt der Erhalt des Betreuungsgelds die Nichtinanspruchnahme eines öffentlich geförderten Betreuungsplatzes voraus (§ 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG). Die persönliche Betreuung durch einen Elternteil ist gerade nicht Voraussetzung für den Erhalt des Elterngelds. In der Gesetzesbegründung wird vielmehr ausdrücklich ausgeführt, dass auch derjenige, der die Betreuung seines Kindes privat organisiert, Betreuungsgeld erhalten soll (BT-Drucks. 17/9917, 7).

cc) In seiner Zielsetzung knüpft das Betreuungsgeld damit an einen etwaigen Bedarf der Eltern an. Nach der Rechtsprechung des BVerfG zur Staffelung von Kindergartengebühren nach dem Familieneinkommen ist eine Regelung dann unter den Begriff der öffentlichen Fürsorge zu fassen, wenn der Schwerpunkt des zu regelnden Sachverhalts in der fürsorgenden Betreuung durch Kindergärten mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung liegt (BVerfG DAVorm 1998, 622). Entsprechend lässt sich das Kinderförderungsgesetz unter den Begriff der öffentlichen Fürsorge fassen (vgl BT-Drucks 16/9299, 11), nicht jedoch das an das Betreuungsbedürfnis der Eltern anknüpfende Betreuungsgeld.

dd) Es ist zweifelhaft, ob allein die Tatsache des Vorhandenseins eines Kindes von unter drei Jahren einen typischen Fürsorgebedarf iSd Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG begründen kann, schließlich begründet die Vorschrift gerade keine allgemeine Familienförderungskompetenz (Rixen DVBl 2012, 1393, 1394). Die Notwendigkeit, die Betreuung eines kleinen Kindes sicherzustellen, kann jedoch ganz allgemein einen Unterstützungsbedarf der Eltern begründen, denn in dieser Lebensphase stellt sich typischerweise die Frage nach der Vereinbarkeit von Beruf und Familie.

In seiner konkreten Ausgestaltung knüpft das Gesetz aber lediglich an die Nichtinanspruchnahme eines öffentlich geförderten Betreuungsplatzes und nicht an die persönliche Betreuung bzw die Einkommenseinbuße infolge der Kinderbetreuung an. Allein die Nichtinanspruchnahme eines öffentlich geförderten Betreuungsplatzes kann indes keinen Fürsorgebedarf begründen. So haben bspw Eltern, die ihr Kind kostenlos von

den Großeltern, von einer privat finanzierten Tagespflegeperson oder Kindertageseinrichtung betreuen lassen, während sie ihrer Erwerbstätigkeit nachgehen, keinen entsprechenden Betreuungsunterstützungsbedarf.

ee) Im Übrigen erweist sich das Betreuungsgeld als zu gering, um eine auf einen Betreuungsunterstützungsbedarf reagierende Fürsorgemaßnahme zu sein (so auch Ewer NJW 2012, 2251, 2252). Einem etwaigen Fürsorgebedürfnis der Eltern wegen des mangelnden Einkommens aus der zugunsten der Kinderbetreuung aufgegebenen Berufstätigkeit kann durch einen Betrag von 100 bzw 150 EUR nicht begegnet werden. In dieser Höhe ersetzt es weder einen Minijob noch lässt sich mit diesem Betrag eine alternative, private Betreuung finanzieren. Anders als das Elterngeld ist es nicht geeignet, einen Schonraum für alle jungen Familie zu schaffen und so – über die ersten 14 Monate hinaus – Einkommenseinbrüche abzufedern und die wirtschaftliche Selbstständigkeit der Familie zu erhalten (vgl BT-Drucks. 16/1889, 16).

b) Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG)

aa) Auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz darüber hinaus nur, wenn und soweit eine bundesgesetzliche Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich wäre (Art. 72 Abs. 2 GG).

bb) Der Gesetzgeber selbst rekurriert auf die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse: Die Betreuungsmöglichkeiten innerhalb Deutschlands seien sehr unterschiedlich (BT-Drucks. 17/9917, 8, 9). Um allen Eltern zu ermöglichen, in den Genuss einer „Betreuungshilfe“ zu kommen, sei die Einführung eines Betreuungsgelds erforderlich. Inwieweit das Betreuungsgeld eine Hilfe bei der Betreuung darstellt, wird hierbei nicht erläutert.

Eine Regelung durch den Bund ist zur Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse im Bundesgebiet darüber hinaus erst erforderlich, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge in beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet (BVerfGE 106, 62 = NJW 2003, 41). Da die Lebensverhältnisse eines abgrenzbaren Teils der Bevölkerung ausreichend sind (Ewer NJW 2012, 2251, 2253), kann auf die Lebensverhältnisse von Familien mit Kindern unter drei Jahren abgestellt werden.

cc) Die nach wie vor bestehenden Unterschiede in den einzelnen Bundesländern in Bezug auf den Ausbau der Krippeninfrastruktur und Betreuung in Kindertagespflege machen die Einführung eines Betreuungsgelds nicht erforderlich.

Vor Einführung des sog. „Rechtsanspruchs U3“ wiesen die Angebotsstrukturen für die öffentlich geförderte Betreuung von Kindern unter drei Jahren in den Bundesländern tatsächlich so erhebliche Unterschiede auf, dass die Freizügigkeit auf einem flexiblen Arbeitsmarkt als bedroht anzusehen und die Gefahr einer Rechtszersplitterung zu bejahen war (vgl. Meysen/Schindler JAmt 2004, 277, 288). Auch zur Wahrung der Wirtschaftseinheit war eine bundeseinheitliche Regelung zum Ausbau der öffentlichen Kleinkindbetreuung erforderlich, da überregional agierende Unternehmen andernfalls nicht in allen Ländern auf ein entsprechendes Potenzial qualifizierter weiblicher Arbeitskräfte hätten zurückgreifen können (zum KiföG s. BT-Drucks 16/9299, 12).

Allein das Gefälle im Betreuungsplatzangebot genügt demnach nicht, um eine Bedrohung des Sozialstaatsgefüges anzunehmen, sondern kann allenfalls eine bundeseinheitliche Regelung zur Wahrung der Wirtschafts- und Rechtseinheit erforderlich machen.

In seiner konkreten Ausgestaltung stellt sich das Betreuungsgeld jedoch nicht – wie das Elterngeld – als eine Familienleistung dar, die unmittelbaren Einfluss auf die Erwerbsbeteiligung und die Mobilität von Eltern haben und insofern auch die gesamtwirtschaftliche Situation in Deutschland betreffen könnte (vgl. BSG 25.06.2009, B 10 EG 8/08 R = NJW 2010, 1478 zum Elterngeld). Dies zeigen schon die Erfahrungen mit den in einigen Bundesländern bestehenden Landeserziehungsgeldern (vgl. insb. ThürErzGG).

dd) Das Argument „Betreuungshilfe für alle“ ist im Übrigen in sich widersprüchlich. Das Gefälle in der Angebotsstruktur macht den Ausbau von Krippenplätzen in unterversorgten Gebieten erforderlich, nicht die Einführung eines Ersatzanspruchs für den Fall, dass ein Platz nicht zur Verfügung gestellt werden kann. Das Betreuungsgeld wird gerade als Instrument dargestellt, das den Eltern Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Betreuungsmöglichkeiten erlauben solle.

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

a) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG

aa) Art. 6 Abs. 1 GG werden mehrere Regelungsinhalte entnommen, die untrennbar miteinander verknüpft sind (*Schmitt-Kammler/von Coelln*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 6 Rn 19). Als Institutsgarantie sichert Art. 6 Abs. 1 GG den rechtlichen Bestand der Familie als solcher. Als Abwehrrecht garantiert Art. 6 Abs. 1 GG die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des ehelichen und familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden. Als Grundsatznorm begründet Art. 6 Abs. 1 GG eine Verpflichtung des Staats, Familien zu schützen und zu fördern (*Coester-Waltjen*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn 35).

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG legt die Erziehung des Kindes primär in die Verantwortung der Eltern, die grundsätzlich frei von staatlichen Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten (BVerfGE 60, 79 = NJW 1982, 1379). Auch das Wächteramt des Staats (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) berechtigt den Staat nicht, die Eltern zu einer bestimmten Art und Weise der Erziehung ihrer Kinder zu drängen (BVerfGE 99, 216 = NJW 1999, 557).

Für den Bereich der Kleinkindbetreuung gilt daher, dass sich – neben der Pflicht des Staats, die von den Eltern im Dienst des Kindeswohls getroffenen Entscheidungen anzuerkennen und daran keine benachteiligenden Rechtsfolgen zu knüpfen – auch die Aufgabe des Staats ergibt, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern (BVerfGE 99, 216, 231 = NJW 1999, 557).

bb) Dem Gesetzgeber ist bei der Wahrnehmung dieser Schutz- und Förderungsaufgabe ein beachtlicher Gestaltungsspielraum überlassen (*Coester-Waltjen* Jura 2008, 349, 351).

Zur Begrenzung dieses Gestaltungsspielraums kann im Verhältnis verschiedener (unterschiedliche Betreuungsmodelle wählender) Familien untereinander nicht auf das verschärfte Benachteiligungsverbot, das im Verhältnis zu Nicht-Familien gilt, zurückgegriffen werden (vgl. *Schmitt-Kammler/von Coelln* Art. 6 Rn 32). Auch wenn Art. 6 Abs. 1 GG insofern keinen (eigenen) ausdrücklichen Maßstab zum Vergleich der Behandlung verschiedener Familien anbietet, ist der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Förderung von Familien gleichwohl als dergestalt eingeschränkt anzusehen, dass eine Familie ohne sachlichen Grund nicht wirtschaftlich schlechter behandelt werden darf als eine andere.

Brosius-Gersdorf spricht insoweit von einem in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenen Neutralitätsgebot, dem der Gesetzgeber im Bereich der Familienförderung nur gerecht werde, wenn er Familien mit gleichen Pflege- und Erziehungsleistungen und gleichen kindbezogenen Lasten gleich fördert (*Brosius-Gersdorf NJW 2013, 2316, 2318*). Zumindest in Verbindung mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich, dass es unzulässig ist, eine Familie ohne sachlichen Grund wirtschaftlich geringer zu fördern als eine andere (vgl. Normenkontrollantrag des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg, 30 ff; vgl. auch *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu ua, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 6 Rn 13 zur wirtschaftlichen Behandlung von intakten und nicht intakten Ehen bzw Familien).

Das Betreuungsgeldgesetz sieht vor, dass an Eltern, die keinen öffentlich geförderten Betreuungsplatz in Anspruch nehmen, ein Betreuungsgeld iHv 100 bzw 150 EUR gezahlt wird. Eltern, die einen öffentlich geförderten Betreuungsplatz in Anspruch nehmen, erhalten diese Förderungsleistung nicht. Damit erhalten Eltern, die ihr Kind kostenfrei von den (Ur-)Großeltern betreuen lassen, das Betreuungsgeld, während andere Eltern, die solche familiäre Betreuungsmöglichkeiten nicht haben oder nutzen, einen mitunter erheblichen Elternbeitrag für den öffentlich geförderten Betreuungsplatz zahlen. Eltern, die sich für eine privat-gewerbliche Betreuung entscheiden, erhalten das Betreuungsgeld – unabhängig davon, welche Kosten seitens des Trägers anfallen bzw welche Elternbeiträge die Eltern zu erbringen haben.

Ein Teil der Eltern, nämlich die, die einen öffentlich geförderten Betreuungsplatz in Anspruch nehmen, werden somit durch das Betreuungsgeld wirtschaftlich schlechter gestellt als andere.

Auch wenn ein strikt neutrales Verhalten des Staats im Bereich des Art. 6 Abs. 1 GG nicht gefordert ist, wie die zumindest mittelbaren Einflussnahmen des Gesetzgebers auf die Betreuungsfreiheit zeigen, wie etwa durch die Einführung einer unterhaltsrechtlichen Erwerbsobliegenheit ab dem dritten Lebensjahr, findet die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers dort seine Grenze, wo er gleiche Familien ohne sachlichen Grund ungleich fördert.

Diese Ungleichbehandlung der Familien hebt sich nicht dadurch auf, dass das Betreuungsgeld als ein Äquivalent zu der öffentlichen Förderung von Krippenplätzen anzusehen wäre (so jedoch *Bär DRiZ 2013, 164*). Die unmittelbare, nicht zweckgebundene Zahlung eines Geldbetrags lässt sich nicht mit der öffentlichen Förderung von Betreuungsplätzen vergleichen.

cc) Die durch das Betreuungsgeld entstehende Ungleichbehandlung von Familien mit Kindern unter drei Jahren ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Nach *Wieland* kommt eine Rechtfertigung „wegen der apodiktischen Ausführungen des BVerfG zur Gleichbehandlung verschiedener Formen der Kinderbetreuung von vornherein nicht in Betracht. Der Staat dürfe die Entscheidung von Eltern für eine bestimmte Form der Kinderbetreuung grundsätzlich nicht mit finanziellen Nachteilen oder der Versagung von finanziellen Vorteilen verknüpfen (*Wieland*, Verfassungsfragen des Betreuungsgeldes, Rechtsgutachten für die Fraktion der SPD, 2012, 7).

Nach *Brosius-Gersorf* kommt eine verfassungsgemäße, in einer Geldleistung bestehende Familienförderungsleistung insbesondere als Familienlasten- oder Familienleistungsausgleich in Betracht, deren Anforderungen das Betreuungsgeld aber jeweils nicht entspricht (ausf. *Brosius-Gersorf* NJW 2013, 2316, 2318 f; vgl auch *Gröschner*, in: *Dreier*, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 6 Rn 84 ff; *Robbers*, in: von Mangoldt ua, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 6 GG Rn 94).

Es kommt allerdings auch die Einführung eines neuen Ansatzes der Familienförderung in Betracht (vgl zum Elterngeld BSG 25.06.2009, B 10 EG 8/08 R = NJW 2010, 1478; *Brosius-Gersorf* NJW 2013, 2316, 2319), der dann aber – nach den oben dargestellten Grundsätzen – etwaige Differenzierungen in der Förderung durch einen sachlichen Grund zu rechtfertigen hätte.

Stellt man auf die in der Gesetzgebung genannten Ziele als Differenzierungsgründe ab (s.o.), ergibt sich, dass die Einführung einer Ausgleichsleistung dem grundsätzlichen Gleichförderungsgebot aus Art. 6 Abs. 1 GG schon in ihrer Zielsetzung nicht standhält. Die Einführung einer Anerkennungsleistung oder die Förderung der Betreuungswahlfreiheit ließe sich als gesetzgeberisches Ziel zwar grundsätzlich mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Familienförderung vereinbaren. In seiner konkreten Ausgestaltung verstößt das Betreuungsgeld jedoch gegen Art. 6 Abs. 1 GG.

(1) Eine Ausgleichzahlung für die Nichtinanspruchnahme eines öffentlich geförderten Betreuungsplatzes kann nicht unter den Förderzweck des Art. 6 Abs. 1 GG fallen. Denn ein Ausgleich ist schon vom Wortlaut her keine Förderung.

Der Gesetzgeber möchte mit dem Betreuungsgeld nicht die persönliche oder private Betreuung als Betreuungsalternative fördern, sondern vermeintliche Fördergerechtigkeit herstellen.

Dieser Ansatz trägt bereits nicht mit Blick auf die Höhe der jeweils anfallenden Förder-summe (100 bzw 150 EUR vs ca 850 EUR, vgl BT-Drucks. 17/9917, 7).

Insbesondere in systematischer Hinsicht stellt der Ausgleich eines Subventionsgefälles jedoch kein zulässiges Differenzierungsziel dar. Der Gesetzgeber kann nicht gehalten sein, für die Nichtinanspruchnahme einer öffentlich geförderten Leistung einen Ausgleich zu zahlen. Das Bereitstellen von Krippenplätzen gehört zu den Infrastrukturleistungen, die der Staat im öffentlichen Interesse schafft. Er stellt dabei auf ein allgemeines Interesse ab. Dass ein einzelner Bürger kein Interesse an der Nutzung dieser Einrichtung hat, kann keinen individuellen Entschädigungsanspruch begründen (Sacksofsky, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestags zum Thema „Einführung eines Betreuungsgeldes“ am 14.09.2012, 3).

(2) Auch die Zahlung einer Anerkennungsleistung kann die oben dargestellte Ungleichbehandlung in der Förderung junger Eltern nicht rechtfertigen.

Tatsächlich lässt sich eine sinkende Anerkennung für die häusliche Erziehungsleistung feststellen. So konzentriert sich Familienpolitik auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Eine ähnliche Wertung findet sich im Zivilrecht, das seit der Unterhaltsrechtsreform die unterhaltsrechtliche Eigenverantwortlichkeit der Ehepartner betont und im Regelfall eine Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils ab dem dritten Geburtstag des Kindes vorsieht (vgl §§ 1569, 1570 BGB).

Indem das Betreuungsgeld an die Nichtinanspruchnahme eines öffentlich geförderten Betreuungsplatzes und nicht an ein spezifisches Betreuungsmodell anknüpft, ergibt sich, dass Anerkennung für die Nichtwahl eines bestimmten Betreuungsmodells gezollt werden soll. Insofern ist das Betreuungsgeld schon nicht geeignet, als Anerkennungsleistung zu fungieren.

Die Anerkennung eines bestimmten Betreuungsmodells kann darüber hinaus kein zulässiges Differenzierungsziel iSd Art. 6 Abs. 1 GG sein. Auch Eltern, die einen öffentlich geförderten Betreuungsplatz in Anspruch nehmen, erbringen anerkennungswürdige Erziehungsleistungen. Eine gesetzgeberische Wertung, welche Erziehungsleistung anerkennungswürdiger ist, lässt sich gerade nicht mit der Betreuungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG vereinbaren, die den Staat verpflichtet, die im Dienst des Kindeswohls getroffenen Entscheidungen anzuerkennen und daran keine benachteiligenden Rechtsfolgen zu knüpfen.

(3) Die Ungleichbehandlung lässt sich schließlich nicht mit dem gesetzgeberischen Ziel, die Wahlfreiheit der Eltern in Bezug auf die Betreuungsform zu fördern, rechtfertigen. Grundsätzlich könnte Stärkung der Wahlfreiheit durch Einführung eines komplementä-

ren Förderungsmodells zulässig sein, denn es ist gerade Aufgabe des Staates, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern.

An welchen Kriterien Eltern die Wahl des Betreuungsmodells ausrichten, obliegt grundsätzlich ihrer freien Entscheidung. Eltern orientieren sich bei Wahl des Betreuungsmodells in erster Linie an ihren erzieherischen Vorstellungen, aber auch an den finanziellen Notwendigkeiten der Familie. Mit Blick auf das Wohl und die Rechte des betroffenen Kindes, ist der Gesetzgeber gehalten, die Eltern insbesondere darin zu unterstützen, eine die Bedürfnisse des Kindes in Blick nehmende Betreuungs-Entscheidung zu treffen (Art. 18 Abs. 3 UN-Kinderrechtskonvention; vgl zur Grenze „Kindeswohldienlichkeit“ *Schuler-Harms*, „Verfassungsrechtlich prekär“: Expertise zur Einführung eines Betreuungsgeldes, Friedrich-Ebert-Stiftung [Hrsg], 2010, 22).

Um die Wahlfreiheit zu stärken, müsste das Betreuungsgeld also eine gleichwertige Betreuungsalternative bieten.

Die Wahlmöglichkeit, das Kind nicht in einer öffentlich geförderten Einrichtung betreuen zu lassen, besteht grundsätzlich auch ohne Einführung des Betreuungsgelds. Vielfach kann diese Wahlmöglichkeit jedoch nicht genutzt werden, weil die Familie auf das Einkommen des betreuenden Elternteils nicht verzichten kann. Insofern wäre eine gesetzgeberische Maßnahme, die den vorübergehenden Einkommensverlust wegen der zugunsten der Kinderbetreuung aufgegebenen Erwerbstätigkeit kompensiert (auch über die ersten zwölf bzw 14 Monate hinaus), prinzipiell mit Art. 6 Abs. 1 GG zu vereinbaren.

In seiner konkreten Ausgestaltung knüpft das Betreuungsgeld jedoch gerade nicht an eine zugunsten der Kinderbetreuung aufgegebenen oder eingeschränkte Erwerbstätigkeit an, sondern an die Nichtwahl eines bestimmten Betreuungsmodells. Das Betreuungsgeld verteuert damit die Wahl der Betreuung einer öffentlich geförderten Betreuung, anstatt eine gleichwertige Alternative zu schaffen.

Selbst wenn man die Nichtwahl einer öffentlichen Betreuung als eine ausreichend spezifizierte Betreuungsalternative ansehen wollte, fällt das Betreuungsgeld zu gering aus, um de facto eine Betreuungsalternative zu bieten. Mit dem Betreuungsgeld lässt sich weder der Einkommensverlust eines persönlich betreuenden Elternteils kompensieren noch eine private Betreuung finanzieren.

b) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG

Art. 3 Abs. 2 GG stellt ein Gleichberechtigungsgebot auf und erstreckt dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit. Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von Männern und Frauen, insbesondere in Bezug auf die Erwerbschancen. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden (vgl. insg. BVerfGE 85, 191 = NJW 1992, 964 mwN). Dies verpflichtet den Gesetzgeber auch dazu, einer Verfestigung überkommener Rollenverteilung zwischen Mutter und Vater in der Familie zu begegnen, nach der das Kind einseitig und dauerhaft dem „Zuständigkeitsbereich“ der Mutter zugeordnet würde (vgl. BVerfGE 114, 357 = FamRZ 2006, 21; BVerfG FamRZ 2011, 1645).

Auch von geschlechtsneutral formulierten Regelungen wie dem Betreuungsgeld können faktische Benachteiligungen für Frauen ausgehen (BVerfGE 92, 91 = NJW 1995, 1733).

Die Kinderbetreuung wird in Deutschland nach wie vor überwiegend von Frauen geleistet. Selbst wenn Väter inzwischen vermehrt in die Kleinkindbetreuung eingebunden werden, beschränkt sich dies idR auf zwei „Vätermonate“. Die Aufgabe der langfristigen Vereinbarkeit von Familie und Beruf trifft in aller Regel insbesondere Frauen. 26 % der nichterwerbstätigen oder erwerbssuchenden Frauen stehen dem Arbeitsmarkt aus familiären Gründen nicht zur Verfügung, bei den Männern sind es nur 2 % (Statistisches Bundesamt, Frauen und Männer auf dem Arbeitsmarkt, 2012, 42).

Für geringverdienende, teilzeittätige Frauen kann das Betreuungsgeld de facto einen mittelbaren Anreiz zur Nichtaufnahme einer Erwerbstätigkeit setzen, weil nun 100 bzw. 150 EUR mehr verdient werden müssen, damit sich die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit lohnt.

Dies erscheint problematisch vor dem Hintergrund, dass der berufliche Wiedereinstieg bekanntermaßen schwieriger wird mit zunehmender Dauer der Familienzeit. Eine längere berufliche Pause könnte insofern ein wirtschaftliches Risiko darstellen, das in der Lebenswirklichkeit insbesondere Frauen trifft. Verstärkt wird dieses Risiko durch das zivilrechtliche Unterhaltsrecht, das im Regelfall ab dem dritten Geburtstag des Kindes eine Erwerbsobliegenheit des (vormals) betreuenden Elternteils vorsieht.

Nichtsdestotrotz stellt das Betreuungsgeld keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG dar. Da der Anreiz zur Nichtaufnahme einer Erwerbstätigkeit allenfalls wenige geringverdienende Frauen treffen würde, ist bereits die allgemeine rollenverfestigende Wirkung

fraglich (so jedoch ua *Wieland*, Verfassungsfragen des Betreuungsgeldes, 11; *Sacksofsky*, Stellungnahme, 3; *Brosius-Gersdorf* NJW 2013, 2316, 2320; *Schiedek* DRiZ 2013, 165). Weiter gibt es keine gesicherten Erkenntnisse, dass Frauen durch den Bezug von Betreuungsgeld tatsächlich langfristig Nachteile im Erwerbsleben haben. Eine Studie zum Thüringer Betreuungsgeld stellt vielmehr fest, dass Mütter von vierjährigen Kindern nach Betreuungsgeldbezug genauso häufig arbeiten wie Frauen vor dem Betreuungsgeld bzw in anderen Bundesländern (*Gathmann*, Zusammenfassung der Studie zum Thüringer Betreuungsgeld [*Gathmann/Sass*, Taxing Childcare: Effects on Family Labor Supply and Children, 2012, 2]).

Schließlich ist die oben dargestellte Betreuungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG zu beachten. Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Freiheit der Eltern zur eigenverantwortlichen Ausgestaltung der innerfamiliären Aufgabenverteilung. Zu dem Gehalt privater Gestaltungsfreiheit gehört auch die Entscheidung über die Arbeitsteilung in Ehe und Familie, mithin auch die Entscheidung für eine häusliche Betreuung. Eine aus Gleichberechtigungsgesichtspunkten im Erwerbsleben abgeleitete mittelbare „Fremdbetreuungspflicht“ wäre mit der Erziehungs- und Betreuungsfreiheit der Eltern aus Art. 6 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren (so auch *Kluth*, Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages zum Thema „Einführung eines Betreuungsgeldes“ am 14.09.2012, 14). Etwas berufliche Nachteile durch eine längere Familienzeit sind seitens des Gesetzgebers durch geeignete andere Maßnahmen wie bspw Fortbildungs- oder Wiedereingliederungsprogramme auszugleichen.