

Universitätsprofessor
Dr. Michael Sachs

Dattenfelder Str. 7
51109 Köln
Telefon: 0221 / 84 46 57
Telefax: 0221 / 84 06 70
e-mail: sachs@uni-koeln.de
, den 15.05.2014

Bundesverfassungsgericht

- Erster Senat / Der Vorsitzende -

Herrn Vizepräsidenten Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof

Postfach 1771

76006 Karlsruhe

vorab per Fax: 0721 9101 382

**Abstrakter Normenkontrollantrag des Senats der Freien und Hansestadt
Hamburg zum Betreuungsgeldgesetz**

1 BvF 2/13

Sehr geehrter Herr Vizepräsident,

namens und mit der beigelegten Verfahrensvollmacht der Bundesregierung nehme ich nachfolgend die Gelegenheit zur Äußerung im oben genannten Verfahren wahr.

Wegen des Umfangs der Äußerung stelle ich ihr ein Inhaltsverzeichnis voran.

Weitere 24 Exemplare der Stellungnahme erhalten Sie mit getrennter Post.

Mit freundlichen Grüßen



A. Zum Antragsinhalt	5
B. Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes	5
I. Zum Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG	5
1. Zum Begriffsinhalt der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG	6
a) Übereinstimmende Elemente.....	7
aa) Kein enges Verständnis von öffentlicher Fürsorge.....	7
bb) Entwicklungsoffenheit des Begriffs.....	8
cc) Vorbeugung als Gegenstand öffentlicher Fürsorge	8
dd) Geldleistungen an Private als öffentliche Fürsorge	8
ee) Strukturelemente klassischer Fürsorge.....	9
ff) Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit als Strukturelement.....	9
gg) Ergebnis zu a).....	12
b) <i>Verbleibende Unterschiede?</i>	13
aa) Öffentliche Fürsorge als „Gattungsbegriff“	13
bb) Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 1 GG.....	14
cc) Kein Unterlaufen beschränkter Kompetenztitel.....	16
dd) Bedeutung der Tradition für Kompetenzbestimmungen	18
ee) Ergebnis zu b).....	21
c) <i>Ergebnis zu 1</i>	21
2. Die Gewährung des Betreuungsgeldes als öffentliche Fürsorge.....	21
a) <i>Die Einwände des Antragstellers</i>	22
aa) Keine Reaktion auf eine „Bedarfssituation“	22
bb) Unabhängigkeit der Leistungen von Hilfsbedürftigkeit	23
cc) Kein Bezug auf Fürsorgebedarf bei Familien mit kleinen Kindern	24
(1) Die Ausführungen der Antragsschrift zu I 1 d aa	25
(2) Die Ausführungen der Antragsschrift zu I 1 d bb	26
(3) Die Ausführungen der Antragsschrift zu I 1 d cc	27

(4) Die Ausführungen der Antragsschrift zu I 1 d dd	29
(5) Die Ausführungen der Antragsschrift zu I 1 d ee	30
(6) Ergebnis zu cc	30
dd) Ergebnis zu a	31
<i>b) Betreuungsgeld als Fürsorge für Familien mit kleinen Kindern</i>	31
aa) Die pauschale Annahme des Fürsorgebedarfs	31
bb) Das Betreuungsgeld als Fürsorgemaßnahme	33
3. Ergebnis zu I	36
II. Zur Erforderlichkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG	36
1. Zur Bedeutung der Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG	36
a) <i>Zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet</i>	39
b) <i>Zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse</i>	40
c) <i>Zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse</i>	40
d) <i>Zur Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung</i>	41
e) <i>Reichweite gerichtlicher Nachprüfung</i>	42
2. Die Erfüllung der Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG	42
a) <i>Die Zugehörigkeit zum Gesamtkonzept des Kinderförderungsgesetzes</i> ...	43
b) <i>Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse</i>	44
c) <i>Wahrung der Rechtseinheit</i>	46
d) <i>Wahrung der Wirtschaftseinheit</i>	47
e) <i>Zur verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit des Betreuungsgeldgesetzes</i>	47
aa) <i>Zum unmittelbaren Regelungsinhalt</i>	47
bb) <i>Zur Erforderlichkeit im Rahmen der Gesamtkonzeption</i>	48
(1) <i>Zur Zulässigkeit des Gesamtkonzepts</i>	48
(2) <i>Zur Unentbehrlichkeit des Betreuungsgeldes im Gesamtkonzept</i>	49
3. Ergebnis zu II	50
III. Ergebnis zu B	51

C. Zur materiellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes	51
I. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 i. V. mit Art. 6 Abs. 1, 2 GG	52
1. Zum Prüfungsgegenstand	52
2. Zum Prüfungsmaßstab	54
3. Vereinbarkeit von § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG mit Art. 3 Abs. 1 GG	56
a) <i>Überzeugende Unterschiede (legitimes Ziel)</i>	57
aa) Anderweitige Förderung der Betreuung und ihr Fehlen	58
bb) Einwände des Antragstellers	58
b) Abgrenzungsschärfe des Merkmals (oder Eignung des Mittels)	63
c) <i>Ergebnis zu 3 und I</i>	65
II. Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1, 2 GG	65
1. Voraussetzungen unzulässiger Einwirkung	656
a) <i>Die Relevanz von Grundrechtsbeeinträchtigungen im Allgemeinen</i>	66
aa) Eingriffsgleiche Maßnahmen im Allgemeinen	66
bb) Vermittlung durch den betroffenen Grundrechtsträger selbst	67
cc) Ergebnis zu a	69
b) <i>Beeinträchtigungen der Gestaltungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1, 2 GG</i>	70
c) <i>Ergebnis zu 1</i>	71
2. Keine eingriffsgleiche Beeinträchtigung durch das Betreuungsgeld	72
3. Ergebnis zu II	73
III. Ergebnis zu C	73
D. Gesamtergebnis	73

A. Zum Antragsinhalt

Der Antrag richtet sich auf die verfassungsgerichtliche Feststellung, dass das Gesetz zur Einführung eines Betreuungsgeldes (Betreuungsgeldgesetz) vom 15.02.2013 (BGBl. I S. 254) mit dem Grundgesetz unvereinbar und daher nichtig ist. Dieser Antrag erfasst seiner Formulierung nach uneingeschränkt das gesamte Gesetz. Die vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken betreffen indes nur Regelungen zum Betreuungsgeld, während das Betreuungsgeldgesetz auch einige Bestimmungen mit anderem Gegenstand enthält.

Dies betrifft namentlich Art. 1 Nr. 13 lit. b (zu § 22 Abs. 2 BEEG - Elterngeldstatistik) und Nr. 17 lit. a (zu § 27 BEEG) des Gesetzes, deren Änderung das Betreuungsgeld nicht betrifft, ferner Art. 1 Nr. 1 (zu § 1 Abs. 8 BEEG), Art. 1 Nr. 6 lit. a (zu § 6 Satz 1 BEEG bezüglich des Elterngeldes) und Art. 1 Nr. 14 (zu § 23 Abs. 2 BEEG in Bezug auf den Verweis auf die vorangegangene Änderung zur Elterngeldstatistik - § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 BEEG).

B. Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, der auch zum Zeitpunkt des Erlasses des Betreuungsgeldgesetzes, d. h. bei seiner Ausfertigung am 15.02.2013 ebenso wie bei seinem Inkrafttreten am 01.08.2013, in seiner heutigen Form gegolten hat; danach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Gebiet „die öffentliche Fürsorge (ohne das Heimrecht)“. Diesem Gesetzgebungsgegenstand der „öffentlichen Fürsorge“ ist das Betreuungsgeldgesetz zuzuordnen (unten I).

Auch die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG für das Gesetzgebungsrecht des Bundes waren gegeben, weil die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet sowie die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich gemacht haben (unten II).

I. Zum Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG

Die Bedeutung des Begriffs der öffentlichen Fürsorge im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Grundsatz geklärt (unten 1); die im Betreuungsgeldgesetz getroffene Regelung fällt in das so

bestimmte Gebiet der Gesetzgebung (unten 2). Die maßgeblichen Aussagen sind in der Begründung des Gesetzentwurfs der die damalige Bundesregierung tragenden Fraktionen der CDU/CSU und FDP

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Betreuungsgeldes (Betreuungsgeldgesetz), BT-Dr. 17/9917, S. 8, rechte Spalte.

so zusammengefasst:

Der Begriff „öffentliche Fürsorge“ in Artikel 74 Absatz 1 Nummer 7 GG ist nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre nicht beschränkt auf klassische Sozialleistungen wie etwa das Unterstützungsmilieu der Sozialhilfe, sondern hat einen deutlich darüber hinausgehenden Anwendungsbereich. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich um einen „verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff“ (BVerfGE 81, 156, 186), der alles umfasst, was sich der Sache nach als „öffentliche Fürsorge“ darstellt (BVerfGE 97, 332, 341), solange die Leistung nur in ihren wesentlichen Strukturelementen durch einen echten Fürsorgecharakter des Staates geprägt ist (BVerfGE 106, 62, 133). Dabei kommt es nicht allein darauf an, individuelle Not zu lindern; vielmehr sind auch Vorbeugung und sonstige Hilfeleistungen in einem weiteren, allgemeinen Sinn von der Kompetenzgrundlage gedeckt; geregelt werden können in diesem Zusammenhang insbesondere auch neue Lebenssachverhalte (so schon BSGE 6, 213, 219; BVerfGE 108, 186, 214; zum Elterngeld: BSG v. 25.06.2009, B 10 EG 8/08 R). Zur öffentlichen Fürsorge zählen deshalb auch präventive Maßnahmen zur Förderung des Kindeswohls, das heißt Fördermaßnahmen, bei denen auf der Grundlage einer pauschalen Betrachtungsweise von einer Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit ausgegangen werden kann. Bei Familien mit kleinen Kindern ist eine entsprechende Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit anzunehmen. Diese Auslegung wird auch durch den staatlichen Schutz- und Förderauftrag des Artikels 6 Absatz 1 GG gestützt und konkretisiert. Die Fürsorge kann nicht auf die Bereitstellung von Hilfe in staatlichen oder staatlich geförderten Kinderbetreuungsangeboten beschränkt werden, sondern muss der Gestaltungsfreiheit der Eltern Rechnung tragen. Daher fallen auch finanzielle Leistungen, die direkt Familien zugute kommen, in den Bereich der präventiven Maßnahmen der öffentlichen Fürsorge.

Die Bundesregierung teilt diesen Standpunkt.

1. Zum Begriffsinhalt der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG

Zum Begriffsgehalt der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG bestehen zwischen der Begründung für die Bundeskompetenz im Gesetzentwurf und der Antragschrift weit reichende Übereinstimmungen (unten a). Unterschiede auf der Maßstabsebene treten demgegenüber zurück (unten b).

a) Übereinstimmende Elemente

Die Aussagen von Gesetzentwurf und Antragsschrift stimmen – bedingt durch die beiderseitige Orientierung an der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – in weitem Umfang mehr oder weniger ausdrücklich überein.

aa) Kein enges Verständnis von öffentlicher Fürsorge

In der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass die öffentliche Fürsorge im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG nicht auf öffentliche Hilfe bei wirtschaftlicher Notlage beschränkt ist,

BVerfGE 106, 62 (134); 108, 186 (213 f.); beim Contergan-Stiftungsgesetz hat BVerfGE 42, 263 (282), auf das BVerfGE 106, 62 (134) verweist, angesichts des Ziels, den betroffenen „Behinderten Leistungen und Hilfen zu gewähren“, auf jede Prüfung der Vorschriften im einzelnen (S. 281 f.), also auch zu diesem Punkt, verzichtet.

Aus dem Schrifttum etwa *Christoph Degenhart*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Rdn. 35, 36; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 74 Rdn. 60; *Hans-Werner Rengeling*, § 135 Gesetzgebungszuständigkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland [HStR], 3. Aufl., Bd. VI, 2008, § 135 Rdn. 213; in der Sache auch *Rupert Stettner*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. Supplementum 2007, 2007, Art. 74 Rdn. 46; skeptisch *Philip Kunig*, in: Ingo von Münch (Begr.)/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 29.

sondern einen deutlich darüber hinausgehenden Anwendungsbereich hat.

Vgl. exemplarisch BVerfGE 106, 62 (133 f.) m.w.N.; auch unten ff).

Aus dem Schrifttum statt vieler *Degenhart*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 35 ff.; *Stettner*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 46 ff.; *Bodo Pieroth*, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 17; zurückhaltend auch *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 55 ff.; *Rengeling*, a.a.O., § 135 Rdn. 212 ff.

Dies wird auch vom Antragsteller nicht angegriffen. Er räumt vielmehr ein, dass „der Sachbereich der ‚öffentlichen Fürsorge‘ nicht eng zu verstehen“ ist,

Antragsschrift, S. 4 Mitte, auch S. 6 oben, unter Hinweis auf BVerfGE 88, 203 (329); 97, 332 (341). Aus dem Schrifttum etwa *Degenhart*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 35; *Stettner*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 46; *Pieroth*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 17.

spricht auch von der „Weite“ des Begriffs.

Antragsschrift, S. 5 unten. So auch *Pieroth*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 17.

bb) Entwicklungsoffenheit des Begriffs

Ebenso wird in der Antragsschrift nicht der Annahme widersprochen, dass öffentliche Fürsorge nicht auf „klassische Sozialleistungen“, wie etwa das Unterstützungsminimum der Sozialhilfe

Zur Sozialhilfe als „Kern“ der „öffentlichen Fürsorge“ etwa *Degenhart*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 35; *Pieroth*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 17; zum „traditionellen Grundbestand“ zählt sie *Stettner*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 46; ähnlich auch *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 55; *Kunig*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 29.

bzw. der Grundsicherung für Arbeitssuchende,

Vgl. zuletzt nur BVerfGE 125, 175 (241).

beschränkt ist. Im Gegenteil betont auch der Antragsteller die „Entwicklungsoffenheit“ des Begriffs,

Antragsschrift, S. 6 unten.

erkennt an, dass der Begriff auch für neue Lebenssachverhalte offen gehalten werden muss.

Antragsschrift. S. 6 vorletzter Absatz; zur Geltung für neue Lebenssachverhalte ausdrücklich auch BVerfGE 106, 62 (133); 108, 186 (214).

cc) Vorbeugung als Gegenstand öffentlicher Fürsorge

Die Antragsschrift akzeptiert auch, dass öffentliche Fürsorge nicht nur darin besteht, individuelle Not zu lindern, sondern sich auch auf präventive Maßnahmen erstreckt.

Antragsschrift, S. 6 oben: „... nicht auf Maßnahmen zur reparierenden Lösung von bereits eingetretenen Notlagen zu beschränken“, „auch präventive Maßnahmen“. Für die Erstreckung auf vorbeugende Maßnahmen bereits BVerfGE 22, 180 (213) sowie BVerfGE 97, 332 (341 f.); 106, 62 (134).

dd) Geldleistungen an Private als öffentliche Fürsorge

Auch dagegen, dass finanzielle Leistungen, die direkt Familien zugute kommen, unter öffentliche Fürsorge fallen können, erhebt der Antragsteller keine Einwände.

Im Gegenteil meint die Antragsschrift, S. 4, 2. Absatz, sich dagegen wenden zu müssen, dass allein daraus, dass eine Maßnahme „in einer direkten Geldzahlung an bestimmte Bevölkerungsgruppen besteht“, noch kein Fürsorgecharakter folgt; ähnlich auch ebda, S. 7 vorletzter Absatz für „jede in Geldzahlungen bestehende Maßnahme [...]“. Eine solche Begründung der Zugehörigkeit des Betreuungsgeldgesetzes zum Kompetenztitel für die

öffentliche Fürsorge hat der Gesetzentwurf allerdings nicht versucht; dazu noch unten b cc.

ee) Strukturelemente klassischer Fürsorge

Im Hinblick auf das einengende Kriterium, dass der „öffentlichen Fürsorge“ zuzuordnende „Lebenssachverhalte [...] in ihren wesentlichen Strukturelementen dem Bild entsprechen, das durch die ‚klassische Fürsorge‘ geprägt ist“,

So BVerfGE 106, 62 (133); 108, 186 (214), daran anknüpfend die Antragsschrift, S. 6 vorletzter Absatz, allerdings bezogen auf entsprechende „Regelungen“. In der oben zitierten Begründung des Gesetzentwurfs wird diese Prägung auf die „Leistung“ bezogen, zudem soll sie danach „durch einen *echten* Fürsorgecharakter des Staates geprägt“ (Hervorhebungen hinzugefügt) sein, was dem Präjudiz nicht voll gerecht wird, aber angesichts des expliziten Zitats doch wohl in dessen Sinne zu verstehen ist.

besteht jedenfalls im Grundsätzlichen gleichfalls Einigkeit.

Die Antragsschrift, S. 6 vorletzter Absatz, erklärt allerdings die Prägung durch die klassische Fürsorge für notwendig („müssen [...] entsprechen“), während die Gesetzentwurfsbegründung („solange [...] nur“) wie die herangezogenen Präjudizien („wenn sie nur“) sie als hinreichende Bedingung nennen. Ob tatsächlich Raum dafür bleibt, Lebenssachverhalte auch jenseits des durch die „klassische Fürsorge“ geprägten Bildes unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu erfassen, kann hier dahin stehen, weil die Voraussetzung, wie (unten 2) gezeigt wird, im Falle des Betreuungsgeldgesetzes erfüllt ist.

ff) Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit als Strukturelement

Diese Einigkeit erstreckt sich auch darauf, dass die öffentliche Fürsorge Situationen der „Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit“ betrifft.

Antragsschrift, S. 7 unten.

Ob es einen Unterschied bedeutet, dass die Begründung des Gesetzentwurfs „auf der Grundlage einer *pauschalen* Betrachtungsweise“ von der „Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit“ der Betroffenen ausgeht, während die Antragsschrift darauf abhebt, „dass das Gesetz *strukturell* auf eine Situation der Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit abstellt,“

Antragsschrift, S. 7 unten, Hervorhebung hinzugefügt.

scheint eher fraglich. Die beiderseitige Orientierung an der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, die unter anderem auch, wenngleich für eher allgemeine Aussagen, den Beschluss zu nach dem Einkommen gestaffelten Kindergartengebühren (BVerfGE 97, 332 [341]) einbezieht,

Antragsschrift, S. 6 oben („Beschluss v. 10.3.1998, 1 BvR 178/97, Absatz-Nr. 55“ [letzteres *dort* wohl aus juris; nach der insoweit abweichend gezählten Wiedergabe in www.bverfg.de findet sich die diese Passage unter Rdn. 36]).

erlaubt die Schlussfolgerung, dass in beiden Fällen eine Regelung gemeint ist, die auf eine unter bestimmten Voraussetzungen auch nur typischerweise vorliegende Fürsorgesituation abstellt, da sich der genannte Beschluss mit dem Ziel der Förderung des „Wohl[s] aller Jugendlichen“ begnügt, „ohne daß eine Gefährdung im Einzelfall vorzuliegen braucht.“

Auch das Urteil zum Altenpflegegesetz nimmt öffentliche Fürsorge an, weil das (damals noch nicht aus dem Kompetenztitel ausgegrenzte) Heimgesetz „den Schutz alter, pflegebedürftiger oder behinderter Menschen vor Beeinträchtigungen“ bezweckte, „die sich aus ihrer Lebenssituation infolge des Heimaufenthalts und den daraus folgenden Abhängigkeiten *typischerweise* ergeben können.“

BVerfGE 106, 62 (134).

Vgl. auch (zum Elterngeld) BSGE 103, 291 Rdn. 38 (zit. nach juris): „Leistungen, für die eine persönliche Bedarfslage nur ganz unspezifisch oder typisiert zugrunde gelegt wird“; allgemein bestätigt in BSG, Urteil vom 17.02.2011, – B 10 EG 21/09 R –, BeckRS 2011, 72223 Rdn. 29 ff. Für die Fürsorgekompetenz beim Elterngeld etwa auch *Herbert Buchner/Ulrich Becker*, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Aufl. 2008, Einf. BEEG Rdn. 7, § 1 BEEG Rdn. 2; *Kirsten Schweive/Christine Fuchsloch*, Rechtspolitische Ziele und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Elterngeldes, ZRP 2006, 37 (40); zweifelnd *Christian Seiler*, Freiheits- und gleichheitsgerechte Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, FamRZ 2006, 1717 (1722); *ders.*, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, 129 (130).

Entsprechend zum Kindergeld BSGE 6, 213 ff.; *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 56.

Ganz allgemein, ohne „Prüfung der Vorschriften im einzelnen“, lässt BVerfGE 42, 263 (281 f.), den Zweck des Contergan-Stiftungsgesetzes, „Behinderten Leistungen und Hilfen zu gewähren“, für Art. 74 Nr. 7 GG ausreichen.

Ein letztlich wohl nur scheinbarer Unterschied bei der Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Fürsorge liegt darin, dass nur die Antragsschrift, nicht aber die Begründung des Gesetzentwurfs, verlangt, dass das Gesetz – bezogen auf eine Fürsorgesituation – „eine Abdeckung eines daraus resultierenden Bedarfs regelt.“

Antragsschrift, S. 7 unten.

Denn auch die zitierte Begründung will die vorgesehene Leistung nicht unabhängig von einem „Bedarf“ gewähren, auch wenn sie diesen Begriff so nicht verwendet; sie hebt aber auf eine der Fürsorgesituation „entsprechende Hilfs- und

Unterstützungsbedürftigkeit“ ab, in der man schon sprachlich das Pendant zum vom Antragsteller geforderten abzudeckenden „Bedarf“ unschwer wiederfindet. Auch insoweit liegt der Unterschied also noch nicht auf der Ebene der Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Fürsorge als Teil des maßstäblichen Obersatzes, sondern erst bei seiner subsumierenden Anwendung auf das Betreuungsgeld (unten zu 2).

Ob es jenseits der Reaktion auf Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit weitere wesentliche Strukturelemente der öffentlichen Fürsorge gibt, wird weder im Antragschriftsatz noch in der Gesetzesbegründung angesprochen;

Vgl. ohne solche Einengungen zur öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Nr. 7 GG auch schon das in der Begründung des Gesetzentwurfs angesprochene Urteil des Bundessozialgerichts vom 20.12.1957 – 7 RKg 4/56 –, BSGE 6, 213 ff. (hier zit. nach juris), Rdn. 35, wonach „unter diese Vorschrift alle die Gebiete gehören, die entsprechenden Charakter haben, wobei es nicht allein darauf ankommt, individuelle Not zu lindern, sondern auch vorbeugend und helfend in einem weiteren, allgemeineren Sinne zu handeln“ (Hervorhebungen im Original).

auch die bisherige Judikatur des Bundesverfassungsgerichts enthält, soweit ersichtlich, dazu keine Aussagen.

Dies ist bei der Rechtsprechung zur Sozialversicherung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, an die das Gericht für die öffentliche Fürsorge (in BVerfGE 106, 62 [133]) explizit angeknüpft hat, anders. Die dort aufgegriffene Formulierung hatte es (für die „Sozialversicherung“) genügen lassen, „wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen [...] dem Bild entsprechen, das durch die ‚klassische‘ Sozialversicherung geprägt ist“, und diese Strukturelemente dann immerhin exemplarisch mit dem Zusatz erläutert, „insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken.“

BVerfGE 75, 108 (146).

Für die öffentliche Fürsorge folgt nach dem Hinweis auf die prägenden Strukturelemente statt dessen eine Aufzählung unterschiedlicher Regelungen, die offenbar gleichwohl alle dem durch die „klassische Fürsorge“ geprägten Bild entsprechen, wie namentlich: „Bestimmungen darüber, was die Träger der Fürsorge an materiellen Fürsorgeleistungen zu erbringen haben und auf welche Weise das geschehen soll“, „auch solche Vorschriften, die beispielsweise organisationsrechtlicher Natur sind oder die Tätigkeit der Träger der öffentlichen Fürsorge von derjenigen der privaten Träger abgrenzen“, neben „Hilfsmaßnahmen

bei wirtschaftlichen Notlagen [...] oder bei akuter Hilfsbedürftigkeit [...] sowohl vorbeugende Maßnahmen zur Verhinderung künftiger Hilfsbedürftigkeit als auch Zwangsmaßnahmen gegen Hilfsbedürftige selbst [...] oder gegen Dritte [...], soweit dies im Interesse fürsorgerischer Ziele erforderlich ist.“

BVerfGE 106, 62 (133 f.). Für die Vielfalt von der öffentlichen Fürsorge gedeckter Maßnahmen und damit verknüpfter Regelungen vgl. auch BVerfGE 22, 180 (, 203212 f.) zu § 5 Abs. 1 Nr. 6 JWG; BVerfGE 31, 113 (117) zum GJS; BVerfGE 42, 263 (281 f.) – Conterganstiftung; BVerfGE 57, 139 (166 f.) – Schwerbehindertengesetz mit Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe; BVerfGE 58, 208 (227) – (Zwangs-) Unterbringung psychisch Kranker; BVerfGE 81, 156 (186) - Erstattung Arbeitslosenhilfe; BVerfGE 87, 1 (34 f.) – Kindererziehungsleistungen als Rente; BVerfGE 88, 203 (329 ff.) – Abtreibungseinrichtungen (bei restriktiver Auslegung); BVerfGE 97, 332 (341) – Kindergartenbetreuung; BVerfGE 106, 62 (134 f.) – Heimgesetz, sozialrechtliche Altenhilfe, Kosten der Altenpflegeausbildung; BVerfGE 108, 186 (214) – Altenpflegeeinrichtungen; BVerfGE 110, 177 (192) – Wohnortzuweisung Spätaussiedler; BVerfGE 125, 177 (241) – SGB II Grundsicherung für Arbeitssuchende. Ohne die Gesetzgebungskompetenz ausdrücklich zu erwähnen, billigte BVerfGE 30, 47 ff., die Unterbringung arbeitsunwilliger Unterhaltspflichtiger in geschlossenen Anstalten gem. § 26 BSHG.

„Strukturelemente“ öffentlicher Fürsorge, die über die Ausrichtung staatlicher Regelungen an fürsorgerischen Zielen, also an der Bewältigung von Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit, hinausgehen, werden nicht erkennbar.

Weitergehende, die Reichweite des Kompetenztitels einengende Strukturelemente werden bei Übernahme des Kriteriums der Rechtsprechung auch bei *Degenhart*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 35; *Kunig*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 29; *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 59; *Stettner*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 46; *Rüdiger Sannwald*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein (Begr.)/Hans Hofmann/Axel Hopfauf (Hrsg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 74 Rdn. 77, nicht genannt.

gg) Ergebnis zu a)

Die Begründung des Gesetzentwurfs und die Antragsschrift stimmen auf der Grundlage einschlägiger Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts darin überein, dass öffentliche Fürsorge im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG nicht eng zu verstehen und für neue Entwicklungen offen ist, auch Vorbeugung und Geldleistungen an Private einschließt und dann vorliegt, wenn das Gesetz Strukturelemente „klassischer Fürsorge“ berührt, und zwar indem es darauf zielt, einen Bedarf an Hilfe und Unterstützung abzudecken bzw. einer Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit Rechnung zu tragen.

b) Verbleibende Unterschiede?

Abweichungen zwischen dem Gesetzentwurf und der Antragsschrift beim Begriff der öffentlichen Fürsorge sind demgegenüber im Ergebnis ohne Bedeutung.

aa) Öffentliche Fürsorge als „Gattungsbegriff“

Die oben wiedergegebene Begründung des Gesetzentwurfs bezeichnet die öffentliche Fürsorge im Anschluss an „BVerfGE 81, 156, 186“ als „verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff“. Dort hatte ihn der Erste Senat aus einer wenig früher ergangenen Entscheidung des Zweiten Senats zu einem anderen Kompetenztitel (Art. 74 Nr. 12 GG) übernommen, wo er auch in Anführungszeichen erscheint und „alles, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt“, umfassen soll.

BVerfGE 75, 108 (146), verbunden mit dem weiteren Attribut „weitgefaßter“ und gefolgt von den schon erwähnten Aussagen zur klassischen Sozialversicherung und den ihr Bild prägenden Strukturelementen; ähnlich bei den späteren Erwähnungen des Begriffs in BVerfGE 88, 203 (313); 114, 196 (221) (nur: „weit gefasster Gattungsbegriff“); ohne das Element „Gattung“ die in diesem Kontext mit angeführte Entscheidung BVerfGE 87, 1 (34) (der „weit gefaßte verfassungsrechtliche Begriff“).

Einen greifbaren Aussagegehalt jenseits der umfassenden Anlage des durch prägende Strukturmerkmale gekennzeichneten Begriffs in Bezug auf die fragliche Materie hat die Formulierung, soweit ersichtlich, dort nicht.

Eine spezifische, im hiesigen Kontext aber nicht einschlägige Bedeutung hatte der „Gattungsbegriff“ allerdings in BVerfGE 11, 105 (111 f.), wo er dazu diente, die Erweiterung des Begriffs „Sozialversicherung“ in Art. 74 Nr. 12 GG über die „Sozialversicherung‘ im strengen und eigentlichen Sinne“ der „vier Versicherungszweige [...], die zunächst in der Reichsversicherungsordnung [...] geregelt waren,“ hinaus zu kennzeichnen; daran anknüpfend, noch gegen die „einschränkende, enumerative Bedeutung“ von Sozialversicherung und für einen jetzt „– weitgefaßten – ,verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff“ BVerfGE 63, 1 (35).

Ihrer Übernahme für den Begriff der öffentlichen Fürsorge

Auch im Schrifttum wird der Begriff teilweise aufgegriffen, vgl. *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 59; *Rengeling*, a.a.O., Rdn. 212; ohne dass aber sein Aussagegehalt weitergehend erläutert wird.

geht die Zuordnung der Regelung einer Erstattungspflicht zum Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge voraus, die damit begründet wird, dass derartige Regelungen „herkömmlicherweise“ im Recht der öffentlichen Fürsorge vorkamen.

BVerfGE 81, 156 (186).

Dieser bei Fragen der kompetenziellen Zuordnung verbreiteten Anknüpfung an die bisherige Gesetzgebungspraxis (dazu allgemeiner noch unten dd) fügt die Bezeichnung „verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff“ nichts Substantielles hinzu; er mag allenfalls als Bekräftigung dafür verstanden werden, dass der Begriff „entwicklungsoffen“ zu verstehen ist.

So die Deutung der bundesverfassungsgerichtlichen Ausdrucksabsicht bei der Verwendung des Begriffs bei *Stephan Rixen*, Hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Betreuungsgeld?, DVBl. 2012, 1393 (1394).

bb) Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 1 GG

Die Begründung des Gesetzentwurfs sieht ihre Auslegung der öffentlichen Fürsorge dahin, dass bei Familien mit kleinen Kindern eine die Kompetenz dafür auslösende Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit anzunehmen ist, durch den staatlichen Schutz- und Förderauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG gestützt und konkretisiert. Dazu nimmt die Antragsschrift in ihren Ausführungen zum Gegenstand des Kompetenztitels (S. 4 – 17) gar nicht Stellung.

Dies muss zwar keine Ablehnung dieses Gedankens bedeuten. Doch gibt Kritik aus dem Schrifttum

Namentlich von *Rixen*, a.a.O., DVBl. 2012, 1397, der sich gegen eine „(g)rundrechtsorientierte Auslegung der Gesetzgebungskompetenz“ wendet.

Anlass, das Gemeinte klarzustellen.

Wenn öffentliche Fürsorge auf Situationen der Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit von Menschen bezogen ist, geht es notwendig um die zu schützenden Interessen der betroffenen Menschen. Jedenfalls die wichtigsten dieser Interessen sind im grundrechtsgeprägten Verfassungsstaat

Vgl. den Titel „Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat“ der Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, hrsg. von Michael Sachs und Helmut Siekmann, 2012.

in den Grundrechtsbestimmungen aufgegriffen. Ein Bedürfnis für die im Rahmen öffentlicher Fürsorge zu leistende Hilfe und Unterstützung besteht somit vor allem dann, wenn die grundrechtlich geschützten Interessen von Menschen in Frage stehen. Dies gilt für Lebensgüter des Individuums, namentlich seine Menschenwürde, sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit,

Vgl. (nicht nur) darauf bezogen die jedenfalls zur öffentlichen Fürsorge gehörenden Regelungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII. Zum Lebensschutz als Bezugspunkt öffentlicher Fürsorge ausdrücklich etwa BVerfGE 88, 203 (330).

aber auch etwa für die Persönlichkeitsentfaltung bei Jugendlichen.

Vgl. zur Jugendpflege, die „das körperliche, geistige und sittliche Wohl aller Jugendlichen fördern will“, als Fall öffentlicher Fürsorge schon BVerfGE 22, 180 (212).

Existentiell wichtige Interessen, die der Hilfe und Unterstützung des Staates bedürfen können, hat der Mensch aber nicht nur als isoliertes Individuum, sondern auch in seinen Beziehungen zu anderen Menschen. Dementsprechend erkennt § 27a Abs. 1 Satz 2 SGB XII als Teil des für die Gewährleistung des Existenzminimums notwendige Lebensunterhalts im Hinblick auf persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft an, und zwar in besonderem Maß für Kinder und Jugendliche.

Die gerade für Kinder, aber auch für die mit ihnen zusammen lebenden Eltern wichtigste Institution des Gemeinschaftslebens ist aber die Familie (vgl. Art. 119 WRV als ersten Artikel des Zweiten Abschnitts), deren besonderen Schutz durch die staatliche Ordnung Art. 6 Abs. 1 GG als Grundrecht garantiert. Dass dieser Schutz auch in Hilfe und Unterstützung bestehen kann, liegt wohl auf der Hand.

Vgl. im speziellen Kontext nur BVerfGE 99, 216 (234); der Beschluss entnimmt „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.“ Zum Familienlastenausgleich als Gegenstand des Fördergebots des Art. 6 Abs. 1 GG nur *Christian von Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), a.a.O., Art. 6 Rdn. 43; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 439 f., 457 ff. jeweils m.w.N.; für Unterstützung durch finanzielle Maßnahmen *Coester-Waltjen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), a.a.O., Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rdn. 40; allgemein für geeignete Fördermaßnahmen *Gerhard Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), a.a.O., Bd. 1, 6. Aufl., 2010, Art. 6 Rdn. 93.

Indem die zitierte Begründung des Gesetzentwurfs auf Art. 6 Abs. 1 GG Bezug nimmt, unterstreicht sie nur, dass auch das Leben der Menschen in ihrer Familie ein schutzwürdiges Anliegen ist, das Hilfe und Unterstützung verdient und deshalb tauglicher Gegenstand der öffentlichen Fürsorge ist. Somit geht es nicht darum, „Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG [...] in eine allgemeine Familienförderkompetenz um[z]udeuten“,

So der Vorwurf von *Rixen*, a.a.O., DVBl. 2012, 1397.

sondern den Bezug der Fürsorgekompetenz auf Hilfe und Unterstützung auch im Hinblick auf die durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Grundrechtsinteressen zu unterstreichen. Damit wird in keiner Weise in Frage gestellt, dass die Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG nur die jeweils zuständigen Teileinheiten der öffentlichen Gewalt betrifft,

Insoweit durchaus zutreffend *Rixen*, a.a.O., DVBl. 2012, 1397, unter Hinweis auf BVerfGE 81, 310 (334); vgl. auch BVerfGE 125, 175 (241), wonach wegen der Sperrwirkung des abschließenden SGB II allein der Bund „die Verantwortung für die Sicherstellung des gesamten menschenwürdigen Existenzminimums“ trägt; für die Leistungsrechte allgemein schon *Michael Sachs*, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 712.

soweit es nicht um die auch und erst recht außerhalb der eigenen Kompetenzen zu beachtenden Abwehrrechte des Einzelnen geht.

Zur umfassenden Verpflichtungswirkung der Abwehrrechte nur *Sachs*, in: Stern, Bd. III/1, a.a.O., S. 712; sonst allgemein zum abwehrrechtlichen Grundrechtsschutz gegen kompetenzwidrige Einschränkungsgesetze (zu Art. 2 Abs. 1 GG) schon BVerfGE 6, 32 (37 ff., 41).

Doch schließt dies nicht aus, dass die Bedeutung eines Kompetenztitels, dessen Reichweite von dem Bezug auf nicht abschließend bestimmte menschliche Anliegen abhängt, auch im Lichte dafür einschlägiger Grundrechtsbestimmungen zu verstehen ist.

Rixen, a.a.O., DVBl. 2012, 1399, zieht selbst ohne erkennbare Bedenken im Rahmen der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse nach Art. 72 Abs. 2 GG, also bei der Auslegung einer (allgemeinen) Kompetenzbestimmung, zur Ermittlung des Unzumutbaren „die Grundrechte bzw. die Folgen für die Grundrechtsausübung“ in Betracht. Vgl. insoweit dezidiert nur BVerfGE 98, 265 (302) zum unerlässlichen bundeseinheitlichen Lebensschutz gegen Abtreibungen.

Insoweit ist daher Art. 6 Abs. 1 GG durchaus bei der Bestimmung der möglichen Reichweite öffentlicher Fürsorge mit zu berücksichtigen.

BVerfGE 88, 203 (330), bezieht jedenfalls den im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auf die nascituri erstreckten Lebensschutz ohne Weiteres in die Fürsorgekompetenz ein; die für die Kompetenz maßgebliche Fürsorgebedürftigkeit wird für Mütter durch Art. 6 Abs. 4 GG, für Behinderte durch Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG jeden etwaigen Zweifels enthoben.

cc) Kein Unterlaufen beschränkter Kompetenztitel

Der Antragsteller betont andererseits einen in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht angesprochenen Aspekt der Interpretation von Kompetenztiteln, insbesondere des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, dass nämlich „Entscheidungen der Verfassung, dem Bund auf bestimmten Gebieten nur in eingeschränktem Maße Gesetzgebungskompetenzen zuzuweisen, nicht durch eine erweiternde Auslegung der Gesetzgebungskompetenz für die öffentliche Fürsorge unterlaufen werden darf [sic].“

Antragsschrift, S. 7 Mitte.

Dieser Begründung, die das dafür verallgemeinernd in Anspruch genommene Bundesverfassungsgericht für Eingrenzungen der Reichweite öffentlicher Fürsorge „insbesondere bei überwiegendem Sachzusammenhang einer Regelung mit anderen Sachkompetenzen“, und zwar spezifisch bezogen auf die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes für das Gesundheitswesen nach Art. 74 Nr. 19 und 19a GG, gegeben hat,

BVerfGE 88, 203 (330).

ist in ihrem Anwendungsbereich durchaus zuzustimmen.

So auch *Degenhart*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 38, 39; *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 66; *Pieroth*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 17; *Stettner*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 48.

Es wird aber in der Antragsschrift nicht erkennbar, welche beschränktere Gesetzgebungskompetenz des Bundes hier dafür in Betracht kommen könnte, unterlaufen zu werden. Die Notwendigkeit einer Eingrenzung der Kompetenz für die öffentliche Fürsorge mit Rücksicht auf enger gefasste, angrenzende Kompetenzen besteht beim Betreuungsgeld nicht.

Mangels diesbezüglichen Ansatzpunktes wendet sich die Antragsschrift dann dagegen, dass unter Berufung auf die öffentliche Fürsorge eine „Allzuständigkeit des Bundes“ für „jede in Geldzahlungen bestehende Maßnahme der gestaltenden Gesellschafts- und Familienpolitik [...] ohne Rücksicht darauf [...], wie sie im Einzelnen gestaltet ist,“ begründet werden würde.

Antragsschrift, S. 7 vorletzter Absatz.

Dies hat zum einen mit der Rücksichtnahme auf engere sonstige Kompetenztitel nichts zu tun, unterstellt zum anderen dem Gesetzentwurf eine in ihm in keiner Weise angelegte ausufernde Tendenz.

S. schon oben a dd.

Die Begründung des Gesetzentwurfs beansprucht keineswegs eine umfassende Gesetzgebungskompetenz für Geldzahlungen zum Zwecke der gestaltenden Gesellschafts- und Familienpolitik, sondern ist ganz eng und spezifisch ausgerichtet auf die bei pauschaler Betrachtungsweise bei Familien mit kleinen Kindern anzunehmende Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit mit Blick auf präventive Maßnahmen zur Förderung des Kindeswohls.

dd) Bedeutung der Tradition für Kompetenzbestimmungen

Schließlich referiert der Antragsteller für ein weiteres, in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht berücksichtigtes Element der Auslegung von Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes eine nachstehend wörtlich wiedergegebene Passage des Urteils des Bundesverfassungsgerichts im Urteil zum Altenpflegegesetz:

Antragsschrift, S. 6 Mitte.

„Bei der Bestimmung der einzelnen Materien, die Art. 74 GG aufzählt, verdienen der Grundsatz des Art. 30 GG und der historische Zusammenhang in der deutschen Gesetzgebung besondere Aufmerksamkeit; dem Merkmal des ‚Traditionellen‘ oder ‚Herkömmlichen‘ kommt dabei wesentliche Bedeutung zu (BVerfGE 7, 29 [44]; 28, 21 [32]; 33, 125 [152 f.]). Aus diesem Grunde gewinnen Entstehungsgeschichte des Art. 74 GG und Staatspraxis für die Auslegung besonderes Gewicht (vgl. BVerfGE 33, 125 [152]; 61, 149 [175]; 68, 319 [328]).“

BVerfGE 106, 62 (105).

Der Antragsteller vernachlässigt dabei, dass sich die zitierte Aussage keineswegs auf den Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge bezog, sondern auf den für die „Heilberufe“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.

Rixen, a.a.O., DVBl. 2012, 1394 mit Fn. 17, 18 (zu BVerfGE 106, 62, [105, 107 ff.]), würdigt die Entscheidung mit Blick auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG insoweit zutreffend gerade dahin, dass sie sich „gegen eine undifferenzierte Sichtweise gewandt hat, die sich am Herkömmlichen und Traditionellen ausrichtet.“

Auch die vom Bundesverfassungsgericht im zitierten Urteil angeführten Präjudizien haben sämtlich keinerlei Bezug zur Kompetenz für die öffentliche Fürsorge; jenseits der Bezugnahme auf die Prägung „durch die ‚klassische Fürsorge“

Dazu schon oben a ee.

enthält zudem das Urteil zum Altenpflegegesetz auch selbst keine traditionsbezogenen Ausführungen, die zu Einengungen des Gegenstands führen würden. Überhaupt sind in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG insgesamt dahingehende Aussagen nicht anzutreffen.

So überrascht es nicht, dass die Antragsschrift aus dem Postulat der historisch-traditionellen Auslegung keine Konsequenzen zieht, sondern unmittelbar zur Entwicklungsoffenheit des Kompetenzgegenstandes übergeht und auch später nicht auf etwa einengende Traditionsstränge zurückkommt.

Dies bedeutet nicht, dass die Tradition für das Verständnis von öffentlicher Fürsorge bedeutungslos wäre. Im Gegenteil hat ein frühes Urteil des Bundessozialgerichts eine Fülle von Verbindungslinien zu einem ganzen Spektrum einschlägiger Kompetenztitel der Weimarer Reichsverfassung von 1919 aufgezeigt, deren Bedeutung allerdings vor allem darin liegt, die Reichweite dessen, was alles von dem Sammelbegriff der öffentlichen Fürsorge ohne Zweifel erfasst wird, aufzuzeigen.

BSG, a.a.O., BSGE 6, 213, zit. nach juris, Rdn. 31 ff., 44, nennt namentlich Armenwesen und die Wandererfürsorge (Art. 7 Nr. 5 WRV), ferner die Mutterschafts-, Säuglings-, Kinder- und Jugendfürsorge (Art. 7 Nr. 7 WRV) und die Wohlfahrtspflege (Art. 9 Nr. 1 WRV). *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 53, erwähnt noch den Schutz der Arbeiter und Angestellten (Art. 7 Nr. 9 WRV), für den Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG bezüglich des Arbeitsschutzes vorgeht, die Fürsorge für Kriegsteilnehmer und ihre Hinterbliebenen (Art. 7 Nr. 11 WRV), für die Art. 73 Abs. 1 Nr. 13 GG (früher Art. 74 [Abs. 1] Nr. 10 GG) hinsichtlich der „Versorgung“ vorrangig ist, und die Pflicht zur Schaffung von Erziehungs- und Ausbildungsbeihilfen (Art. 146 Abs. 3 WRV), für die (seit 1969) Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG bezüglich der Ausbildungsbeihilfen speziell einschlägig ist.

Die „Wohlfahrtspflege“ des Art. 9 Nr. 1 WRV kann insoweit allerdings nicht in dem die gesamte nicht unter Nr. 2 („den Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit“) fallende Staatstätigkeit umfassenden Sinn verstanden werden, der ihr zeitgenössisch beigemessen wurde, vgl. *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, Art. 9 Anm. 2 mit Fn. 2; gegen eine verfassungsgeschichtliche Rückanknüpfung insoweit ausdrücklich *Pestalozza*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 310 unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte, auch wenn in den Beratungen des Parlamentarischen Rates Stimmen für den Einschluss der „Wohlfahrt“ bzw. der „gesamte(n) Wohlfahrtspflege“ laut geworden waren, s. JöR n.F. 1 (1951), S. 510 nach Fn. 8, S. 511 nach Fn. 18.

Damit verbunden war die Absage an ein engeres verwaltungsrechtliches Verständnis im Sinne der Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13.02.1924 (RGBl. I S. 100)

mit den Reichsgrundsätzen über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 01.08.1931 (RGBl. I S. 441), nach der unter Fürsorge „nur die staatlich geleitete und aus staatlichen Mitteln gewährte Hilfe bei Einzelnotlage“ verstanden wurde.

BSG, a.a.O., BSGE 6, 213, zit. nach juris, Rdn. 28 m.w.N.

Daran wäre allenfalls anzuknüpfen gewesen, wenn die Kompetenzmaterie der öffentlichen Fürsorge im Grundgesetz „normativ-rezeptiv durch Aufnahme eines vorgefundenen Normbereichs als zu regelnde Materie“ angesprochen worden wäre und „der Verfassungsgeber eine normativ ausgeformte Materie vorgefunden und sie als solche gleichsam nachvollziehend benannt“ hätte.

BVerfGE 109, 190 (218); bestätigt in BVerfG, NJW 2013, 3151 Rdn. 55; allgemein in diesem Sinne *Degenhart*, a.a.O., Art. 70 Rdn. 52, 54; *Stettner*, a.a.O., Art. 70 Rdn. 26; auch *Jochen Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art. 70 Rdn. 52.

Einem solchen auf den Gegenstand eines überkommenen Regelungskomplexes bezogenen Verständnis hat schon das Bundessozialgericht eine dezidierte Absage erteilt und angenommen, „daß der Begriff ‚öffentliche Fürsorge‘ im verfassungsrechtlichen Sinne anders und jedenfalls wesentlich weiter ausgelegt werden muß als im verwaltungsrechtlichen.“ Dabei hat es auch auf das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip und die Entstehungsgeschichte hingewiesen.

BSG, a.a.O., BSGE 6, 213, zit. nach juris, Rdn. 35, 36 und 38 ff.; zur Entstehungsgeschichte s. auch JöR Bd. I (1951), S. 509 ff. Bedenken gegen die Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips, weil es ja auch für die Länder gelte, bei *Rengeling*, a.a.O., § 135 Rdn. 212 („nicht zwingend geboten“); ähnlich *Kunig*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 28; jedenfalls das Bundesverfassungsgericht hat, soweit ersichtlich, darauf nie maßgeblich abgestellt.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat, soweit ersichtlich, nie auch nur im Ansatz erkennen lassen, den Gegenstand der öffentlichen Fürsorge durch Rückbezug allein auf frühere Regelungskomplexe einengend bestimmen zu wollen, sondern im Gegenteil die Offenheit für neue Entwicklungen betont (oben a bb).

Für die Frage, ob das Betreuungsgeld unter den Kompetenztitel für die öffentliche Fürsorge fällt, ist daher die einschlägige Regelungstradition ohne limitierende Bedeutung; vielmehr bleibt es bei der bereits festgestellten Entwicklungsoffenheit des Begriffs.

ee) Ergebnis zu b)

Damit ist festzuhalten, dass weder die Kennzeichnung der öffentlichen Fürsorge als „Gattungsbegriff“ noch die Bedeutung der Regelungstradition den Begriffsgehalt einschränken kann, dass Art. 6 Abs. 1 GG mit dem Schutz der Familie ein mögliches Anwendungsfeld öffentlicher Fürsorge bei Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit kennzeichnet und dass beim Betreuungsgeldgesetz keine enger angelegte, spezielle Bundesgesetzgebungskompetenz besteht, die durch die Anwendung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG unterlaufen werden könnte.

c) Ergebnis zu 1

Insgesamt ist danach zur Bedeutung der Gesetzgebungsmaterie öffentliche Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu konstatieren, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts öffentliche Fürsorge nicht eng zu verstehen und für neue Entwicklungen offen ist, auch Vorbeugung und Geldleistungen an Private einschließt und dann vorliegt, wenn das Gesetz Strukturelemente „klassischer Fürsorge“ berührt. Dies ist dann der Fall, wenn das Gesetz darauf zielt, einer Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit Rechnung zu tragen bzw. einen Bedarf nach Hilfe und Unterstützung abzudecken. Einengungen demgegenüber ergeben sich weder aus der gelegentlichen Bezeichnung der öffentlichen Fürsorge als „Gattungsbegriff“ noch aus einer begriffsprägenden Regelungstradition noch aus der Notwendigkeit, verwandte, enger angelegte Kompetenztitel nicht zu unterlaufen; die Annahme einer Fürsorgesituation mit Rücksicht auf die nach Art. 6 Abs. 1 GG besonders schutzwürdige Familie begegnet keinen Bedenken.

Letztlich kommt es allein darauf an, ob die im Betreuungsgeldgesetz vorgesehenen Leistungen dazu dienen, einer Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit der Empfänger gerecht zu werden.

2. Die Gewährung des Betreuungsgeldes als öffentliche Fürsorge

Trotz weitgehender Übereinstimmung in diesem Verständnis der öffentlichen Fürsorge sieht der Antragsteller ihre Voraussetzungen beim Betreuungsgeldgesetz nicht gegeben.

Die vorgebrachten Einwände (unten a) greifen indes nicht durch (unten b).

Für einen Fall öffentlicher Fürsorge die Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Familie,

Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages am 14.09.2012 zum Thema: „Einführung eines Betreuungsgeldes“ von *Winfried Kluth*, Ausschussdrucksache 17(13)188j, S. 7 ff., 10; im Schrifttum etwa *Eberhard Eichenhofer*, Betreuungsgeld und Grundgesetz, ZG 2013, 60 (63 f.); *Sophie-Charlotte Lenski/Daniel Enzensperger*, „Streit um das Betreuungsgeld“, JA 2014, 191 (194).

a) Die Einwände des Antragstellers

Der Antragsteller verneint, dass das Betreuungsgeld überhaupt auf eine „Bedarfssituation“ reagiert (unten aa), rügt die Unabhängigkeit der Leistungen von einer Situation der Hilfsbedürftigkeit (unten bb) und bestreitet, dass die allgemeine Situation der Familien mit kleinen Kindern einen Fürsorgebedarf begründet (unten cc).

Antragsschrift, S. 8 bis 17.

Dabei sind die vorgebrachten Argumente nicht klar voneinander getrennt.

aa) Keine Reaktion auf eine „Bedarfssituation“

Der Antragsteller sieht in dem Betreuungsgeld keine Reaktion auf eine „Bedarfssituation“ oder auf eine „Hilfsbedürftigkeit“, weil er davon ausgeht, dass diese nicht „allein aus einer angenommenen Differenz zu einem anderen Förderungssystem abzuleiten“ sei. Es gehe bei dem Gesetz nur darum, „ein Gegengewicht zu einer anderen finanziellen Förderungsmaßnahme“ zu schaffen. Dies dürfe keine Bundeskompetenz begründen, weil eine begrenzte Fördermaßnahme sonst stets die Bundeskompetenz für eine selbst nicht von der Situation der Hilfs- oder Unterstützungsbedürftigkeit abhängige Ergänzungs- oder Gegensatzmaßnahme begründen würde, und zwar unabhängig davon, welche staatliche oder auch kommunale Ebene das primäre Förderungssystem aufgebaut hätte.

Antragsschrift, S. 8 und insgesamt das Thema variierend S. 8 – 10 (zu b).

Diese Argumentation verwechselt die die Fürsorgekompetenz begründende Situation der Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit, die die Begründung des Gesetzentwurfs eigentlich unmissverständlich bezeichnet

(„Bei Familien mit kleinen Kindern ist eine entsprechende Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit anzunehmen.“).

und in § 4a Abs. 1 Nr. 1 i. V. mit den dort genannten Bestimmungen des § 1 BEEG tatbestandlich im Einzelnen erfasst, mit der Beschränkung des von der

vorgesehenen Leistung begünstigten Personenkreises (in § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG) auf diejenigen, die nicht bereits auf andere Weise, nämlich durch Inanspruchnahme einer staatlich subventionierten Fürsorge (in Form frühkindlicher Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege nach § 24 Abs. 2 SGB VIII), Hilfe und Unterstützung erfahren. Die Eltern, die keine frühkindliche Förderung in einer solchen Tageseinrichtung oder Kindertagespflege in Anspruch nehmen, *werden* nicht dadurch fürsorgebedürftig, sondern sie *bleiben* es, weil ihre schon durch die Ausgangssituation der Familie mit kleinen Kindern begründete Lage der Hilfsbedürftigkeit (unvermindert) fortbesteht.

Unter der allerdings vom Antragsteller angezweifelten Prämisse der Begründung des Gesetzentwurfs, dass bei Familien mit kleinen Kindern Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit anzunehmen ist (dazu unten cc), steht deren ungeschmälerter Fortbestand bei der durch das Betreuungsgeld begünstigten Elterngruppe nicht in Frage. Die Hilfsbedürftigkeit wird keineswegs „allein aus der Differenz zu einem anderen Förderungssystem“ abgeleitet,

So die Antragschrift, S. 8 Mitte.

sondern folgt vielmehr aus den Lebensumständen der betroffenen Familien, ist damit durchaus „auf die vorgefundene soziale Wirklichkeit bezogen[e]“.

Dagegen aber wiederum die Antragschrift, S. 8 Mitte.

Die Gewährung des Betreuungsgeldes reagiert auf diese (hier vorauszusetzende) Bedarfssituation der Familien mit kleinen Kindern mit einer Geldzahlung, die eine gewisse Hilfe in dieser Lebenslage darstellen soll. Der Fürsorgecharakter kann insoweit nicht bezweifelt werden.

bb) Unabhängigkeit der Leistungen von Hilfsbedürftigkeit

Der Antragsteller postuliert – noch bevor er es unternimmt, die in der Begründung des Gesetzentwurfs zugrunde gelegte Hilfsbedürftigkeit von Familien mit kleinen Kindern in Frage zu stellen – eine „systematisch durchgehende Unabhängigkeit der gesetzlichen Regelung von einer Situation der Hilfsbedürftigkeit“, die ihren Ausdruck in bestimmten ökonomischen Folgewirkungen der Beschränkung des begünstigten Elternkreises nach § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG finden soll.

So die Antragschrift, S. 11 oben und näher bis S. 12 zweiter Absatz (zu c).

Die beschriebenen Folgewirkungen ändern aber an der Hilfsbedürftigkeit von Familien mit kleinen Kindern, die der Antragsteller in diesem Zusammenhang noch nicht ausgeschlossen hat,

Dazu kommt die Antragschrift erst anschließend, S. 13 ff.; dazu hier unten cc.

wenn sie denn anzuerkennen ist, nichts. Das Vorbringen des Antragstellers hat daher insoweit für die Frage der Voraussetzungen des Kompetenztitels keine selbstständige Bedeutung.

Die in der Antragschrift vorgetragenen Widersprüchlichkeiten gegenüber dem Kinderbetreuungsangebot nach dem SGB VIII betreffen allein die inhaltliche Bewertung der gesetzlichen Regelung im Hinblick auf einen etwaigen Verstoß gegen Grundrechte und ändern an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nichts.

Die Antragschrift, S. 12 oben, verweist insoweit auch auf ihre Erwägungen zur materiellen Seite.

cc) Kein Bezug auf Fürsorgebedarf bei Familien mit kleinen Kindern

Der Antragsteller zieht sodann in Zweifel, dass die im Gesetzentwurf zum Betreuungsgeldgesetz

Vgl. BT-Dr. 17/9917, S. 8, wiedergegeben oben I vor 1.

als Situation der Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit zugrunde gelegte „allgemeine Situation ‚Familien mit kleinen Kindern‘“ dementsprechend als Anwendungsfall der Gesetzgebungskompetenz für die öffentliche Fürsorge einzustufen ist.

So Antragschrift, S. 13 bis 16 (zu d).

Er unterstellt einleitend der Begründung des Gesetzentwurfs die Absicht, „eine Leistung mit dem Förderziel einzuführen, die Freiheit der Eltern bei der Wahl der Betreuungsformen zu unterstützen“,

Antragschrift, S. 13 zweiter Absatz von d.

die dort nicht angesprochen ist und dem Gesetz auch nicht zugrunde liegt.

Ob hinsichtlich der „Freiheit der Eltern bei der Wahl der Betreuungsformen“ eine Situation der Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit der Eltern angenommen werden könnte, mag dahinstehen. Der Fürsorgezweck des Gesetzes zielt jedenfalls darauf, die allgemein als hilfs- und unterstützungsbedürftig angesehenen Familien mit kleinen Kindern zu unterstützen, und zwar auch für den Fall, dass sie das Angebot

öffentlich organisierter und subventionierter Betreuung (§§ 22 ff. SGB VIII) nicht wahrnehmen. Das Förderziel des Gesetzes, Familien mit kleinen Kindern in diesem Fall auf andere Weise zu helfen, bleibt davon unberührt.

Der Einwand, dass sich das Betreuungsgeldgesetz „in seinen Tatbeständen auch nicht auf Annahmen der Fürsorgebedürftigkeit dieser Gruppe (Eltern mit Kindern von einem bis unter drei Jahren)“ beziehe,

Antragsschrift, S. 13 vorletzter Absatz am Ende.

zielt möglicherweise darauf, dass – abgesehen von den anspruchssperrenden Mindestjahreseinkommen gem. § 1 Abs. 8 BEEG, die gem. § 4a Abs. 1 Nr. 1 BEEG auch auf das Betreuungsgeld Anwendung finden – keine weiter gehenden, besonderen Anforderungen zur „Fürsorgebedürftigkeit“, etwa solche finanzieller Art, aufgestellt werden. Dies ist aber auch durchaus entbehrlich, wenn bereits die Situation der Familie mit kleinen Kindern an sich, wie im Gesetzentwurf ja angenommen, die Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit konstituiert, was auch hier vom Antragsteller letztlich nicht in Frage gestellt wird.

(1) Die Ausführungen der Antragsschrift zu I 1 d aa

Die anschließenden Überlegungen zu den „erheblichen finanziellen und sonstigen faktischen Aufwendungen und Belastungen“, die für Eltern verbleiben, die ihre Kinder in öffentlich bezuschussten Einrichtungen betreuen lassen,

Antragsschrift, S. 13 unten.

gehen insoweit fehl, als dies von vornherein nichts an der Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit derjenigen Eltern ändern kann, die von diesem Angebot nicht Gebrauch machen und denen das Betreuungsgeld gewährt wird.

Die Darlegungen des Antragstellers sollen wohl begründen, dass auch die die Betreuungseinrichtungen nutzenden Eltern noch hilfs- und unterstützungsbedürftig bleiben (können); dies würde aber in kompetenzieller Hinsicht nur eine Fürsorgekompetenz bezüglich etwa auch für diese Eltern vorzusehender zusätzlicher Leistungen fundieren können, während die bezüglich der die Einrichtungen nicht nutzenden Eltern bestehende Gesetzgebungskompetenz nicht in Frage gestellt wäre.

Wenn der Antragsteller die „Tatbestandsvoraussetzung, dass ein Kind keine öffentlich geförderte Einrichtung besucht,“ dahin bewertet, dass sie „eher sogar das

Abstandnehmen von einem Bezug auf eine Hilfs- oder Unterstützungsbedürftigkeit“ bedeute,

Antragsschrift, S. 14 zweiter Absatz.

zeigt dies, dass nicht das explizite gesetzgeberische Ziel der Fürsorge im Hinblick auf die Situation einer Familie mit kleinen Kindern zugrunde gelegt wird, die Hilfe und Unterstützung jedenfalls dann erfordert, wenn keine öffentliche Einrichtung besucht wird, die doch bei allen verbleibenden Herausforderungen für die Eltern schon ein gewisses Maß an Erleichterungen bei der Bewältigung der Kindesbetreuung bestimmungsgemäß mit sich bringt. Dass die Sicherung der Wahlfreiheit der Eltern, auf die der Antragsteller erneut abstellt,

Antragsschrift, S. 14 zweiter Absatz; auch: „Förderung der Wahrnehmung der Gestaltungsfreiheit“.

als solche nicht das verfolgte Fürsorgeziel, sondern eine im Rahmen des Fürsorgeziels der Unterstützung von Familien mit kleinen Kindern angestrebtes grundrechtsbezogenes Gestaltungselement der Modalitäten der erbrachten Fürsorge ist, wurde bereits ausgeführt.

Im Übrigen sind die Einwände des Antragstellers

Antragsschrift zu I 1 d aa, S. 13 unten bis 15 oben.

der Sache nach nur auf die als unzureichend gerügte *inhaltliche* Gestaltung der vorgesehenen Fürsorgeleistungen bezogen und berühren damit keine Frage der Kompetenz.

(2) Die Ausführungen der Antragsschrift zu I 1 d bb

Unter I 1 d bb kommt der Antragsteller auf den schon angesprochenen Einwand zurück, „[d]ie Förderung öffentlicher Einrichtungen führ[e] aber nicht schon zur Fürsorgebedürftigkeit derjenigen, die sie nicht nutzen“.

Antragsschrift S. 15 oben.

Dazu ist oben (zu aa) alles Notwendige bereits gesagt: Die Fürsorgebedürftigkeit von Eltern mit kleinen Kindern ist allein aufgrund dieser familiären Situation von vornherein vorgegeben; sie wird bei den Eltern, die Fürsorgeleistungen nach §§ 22 ff. SGB VIII nicht in Anspruch nehmen, lediglich nicht durch solche Leistungen beseitigt. Dass andere Eltern „staatliche Unterstützung durch die institutionelle Kinderbetreuungsförderung erfahre[n]“,

Antragsschrift S. 15 oben.

ist für den kompetenzbegründenden Fürsorgebedarf der erstgenannten Eltern ohne Belang.

Die Kritik, das Gesetz bilde „einen solchen Zusammenhang auch nicht ab“,

Antragsschrift S. 15 zweiter Absatz.

geht daher ins Leere.

Die Überlegungen zur „Gleichwertigkeit“ der Fürsorge durch institutionelle Kinderbetreuungsförderung einerseits und durch das Betreuungsgeld andererseits

Antragsschrift S. 15 erster Absatz.

könnten auch dahin verstanden werden, dass betont werden soll, dass die Lage der im *Vergleich zu anderen* defizitären Subventionierung, also letztlich die Gleichheitswidrigkeit der Situation, keine Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit begründe, die als Voraussetzung öffentlicher Fürsorge dienen sollte. Auch dies wird aber in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht angesprochen; ob allein ungleiche Behandlung durch die öffentliche Gewalt als solche, unabhängig von den materiellen Gegebenheiten im Übrigen, eine Fürsorgesituation begründen könnte, bedarf daher in diesem Zusammenhang keiner Klärung.

Bei der Gleichwertigkeit der Subventionierung handelt es sich um eine allenfalls unter gleichheitsgrundrechtlichen Aspekten relevante inhaltliche Frage. Auch die Fragen danach, ob und in welchem Umfang ein etwa auszugleichendes „Subventionsgefälle“ bestehen könnte,

Die Antragsschrift S. 15 zweiter Absatz setzt hier den zuvor bereits mehrfach (S. 4, 5 und zu Beginn des Absatzes) ohne solche Kennzeichnung verwendeten Begriff in Anführungszeichen.

sind daher unter kompetenziellen Gesichtspunkten ohne Relevanz.

(3) Die Ausführungen der Antragsschrift zu I 1 d cc

Der Antragsteller zählt

Antragsschrift zu I 1 d cc, S. 15.

sodann eine Reihe von Umständen auf, die für die Zahlung des Betreuungsgeldes keine Rolle spielen, ohne dass die Relevanz dieses Befundes für die

Voraussetzungen des Kompetenztitels der öffentlichen Fürsorge näher dargelegt würde.

Immerhin wird zur Feststellung, dass das Betreuungsgeld „gezielt ohne Ansehung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Eltern gezahlt“ wird, ausgeführt, dass sich „aus deren Betrachtung [...] eventuell eine Hilfs- oder Unterstützungsbedürftigkeit ergeben könnte.“ Neben einer schon in der Situation von Familien mit kleinen Kindern an sich begründeten Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit, wie sie die Begründung des Gesetzes voraussetzt, bedarf es aber keiner weiteren, etwa auf eine finanzielle Notlage gestützten Herleitung eines Fürsorgebedarfs. Zusätzlich sei auf die Einkommensobergrenzen des § 1 Abs. 8 i.V.m. § 4a Abs. 1 Nr. 1 BEEG verwiesen, die an die Regelungen zum Elterngeld anknüpfen.

Bei dieser Argumentation geht es dem Antragsteller, ohne dass er die Frage explizit so stellt, hier und mit weiteren Hinweisen auf nach dem Gesetz unerhebliche Umstände wohl darum, den Ansatz der Begründung des Gesetzentwurfs in Frage zu stellen, „auf der Grundlage einer pauschalen Betrachtungsweise von einer Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit [... b]ei Familien mit kleinen Kindern“ auszugehen,

BT-Dr. 17/9917, S. 8, wiedergegeben oben I vor 1.

und zwar in der Tat unabhängig davon, „ob die Eltern sich die Hilfe Dritter bei der Betreuung leisten oder [gemeint ist wohl: nicht] leisten könnten“, und „auch unabhängig davon, ob, durch wen und wie das Kind betreut wird“ oder auch „inwieweit eine durch öffentliche Zuschüsse geförderte Betreuungseinrichtung verfügbar wäre und was sie kosten würde.“

Alle Zitate aus der Antragsschrift, S. 15 zu cc.

Dazu wird unten (b) Stellung zu nehmen sein.

Der Einwand schließlich, „[o]b das Betreuungsgeld dazu beiträgt oder beitragen kann, um [sic] die jeweils individuell gewünschte Betreuungsform zu verwirklichen, wird tatbestandlich ebenfalls nicht abgebildet“,

Antragsschrift, S. 15 zu cc.

soll wohl nicht den Fürsorgebedarf der Familien mit kleinen Kindern in Frage stellen, sondern die prinzipielle Tauglichkeit des Betreuungsgeldes, dem Fürsorgebedarf gerecht zu werden. Inwieweit dies für die Frage der Gesetzgebungskompetenz eine Rolle spielen soll, wird nicht erläutert.

(4) Die Ausführungen der Antragschrift zu I 1 d dd

Der Antragsteller nimmt ferner an, es sei „für die Beurteilung des Betreuungsgeldes nicht relevant“, „[d]ass die ‚öffentliche Fürsorge‘ auch vorbeugende, nicht erst auf bereits eingetretene Notlagen reagierende Mittel der Sozialpolitik erfasst“.

Antragschrift, S. 15 unten.

Er erkennt damit erneut an, dass die aufgrund des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu regelnde öffentliche Fürsorge auch präventiver Natur sein kann (s. schon oben 1 a cc), will aber offenbar die vorbeugende Zielsetzung (oder Wirkung) des Betreuungsgeldes in Frage stellen. Aussagen dazu, welchen Notlagen vorzubeugen wäre und warum dies mit dem Betreuungsgeld nicht gelingen kann, werden aber dann nicht getroffen. Stattdessen folgt die Kennzeichnung des Betreuungsgeldes „als Bonus für die Nichtinanspruchnahme einer zuschussfinanzierten Kinderbetreuungseinrichtung“; zu dieser hier variierten Fehlbewertung der Voraussetzung des § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG im Verhältnis zum vorgelagerten Förderungsziel wurde schon (oben zu aa) das Notwendige gesagt.

Sodann wird auf angebliche Unterschiede zum Kindergeld und zum Elterngeld hingewiesen, wobei ersteres „auf die typischen Bedarfe von (allen) Eltern gerichtet“ sei, während letzteres „als Lohnersatzleistung einkommensbezogen“ „auf eine spezifisch definierte Hilfsbedürftigkeitssituation“ abstellen soll. Dazu heißt es: „Das Betreuungsgeldgesetz bezieht sich im Gegensatz dazu tatbestandlich nicht auf Kriterien des Hilfs- und Unterstützungsbedarfs.“

Antragschrift zu I 1 d cc, S. 15 f.

Die tatbestandlichen „Kriterien des Hilfs- und Unterstützungsbedarfs“ beim Bezug von Kindergeld nennen allerdings auch das Kindergeldgesetz bzw. die §§ 62 ff. EStG jenseits des näher bestimmten Eltern-Kind-Verhältnisses nicht; dahinter bleibt das Betreuungsgeldgesetz, das sich auf besonders kleine Kinder bezieht, nicht zurück. Dass das Elterngeld auf eine „spezifisch definierte Hilfsbedürftigkeitssituation“ im Zusammenhang mit Lohnausfall abstellt, schließt schon im Ansatz nicht aus, dass bei Familien mit kleinen Kindern auch davon unabhängige, allgemeine Hilfsbedürftigkeitssituationen bestehen.

Die in der Antragschrift, s. 15 unten behauptete maßgebliche Verschiedenheit „vom Kindergeld und vom Elterngeld“ besteht somit nicht; soweit es Unterschiede gibt, sind sie für die dem Gesetz zugrunde gelegte Fürsorgesituation nicht maßgeblich.

Das Fehlen eines Fürsorgebedarfs bei Familien mit kleinen Kindern, dem das Betreuungsgeld präventiv begegnen kann, ist mit diesen Überlegungen jedenfalls nicht dargetan.

(5) Die Ausführungen der Antragschrift zu I 1 d ee

Schließlich wendet sich der Antragsteller dagegen, dass das Betreuungsgeld den Fürsorgezweck verfolgen könnte, präventiv im Interesse des Kindeswohls schädliche Wirkungen abzuwenden, die verglichen mit der Betreuung durch die Eltern selbst durch eine externe Betreuung entstehen könnten.

Antragschrift zu I 1 d ee, S. 16.

Er weist dabei zutreffend darauf hin, dass nicht externe Betreuung als solche, sondern nur die „bei öffentlich durch Zuschüsse geförderten Betreuungseinrichtungen“ (genauer wäre: im Rahmen von Leistungen nach § 24 Abs. 2 SGB VIII) dem Anspruch auf Betreuungsgeld entgegensteht. Die Schlussfolgerung daraus kann aber nur heißen, dass etwaige Gefahren von Fremdbetreuung in der Tat nicht die Situation der Hilfs- und Fürsorgebedürftigkeit konstituieren, um die es beim Betreuungsgeld geht.

(6) Ergebnis zu cc

Der Antragsteller fasst sein Vorbringen nochmals dahin zusammen, dass im Betreuungsgeldgesetz „weder unmittelbar noch mittelbar eine Situation der Hilfsbedürftigkeit oder der Verhinderung von künftiger Hilfsbedürftigkeit im Sinne des Begriffs ‚öffentlicher Fürsorge‘ definiert oder auf sie Bezug genommen“ werde.

Antragschrift, S. 16 unten zu e.

Dies ist nur dadurch zu erklären, dass er es ablehnt, mit der Begründung des Gesetzentwurfs die Lage der Familien mit kleinen Kindern, auf die die Leistungen nach dem Betreuungsgeldgesetz bzw. den §§ 4a ff. BEEG klar ausgerichtet sind, als Fürsorgesituation anzuerkennen. Stattdessen unterstellt der Antragsteller dem Gesetz zu Unrecht, auf anderweitige Situationen bezogen zu sein, denen er dann die Qualität als Anlass öffentlicher Fürsorge abspricht.

Die so nicht einmal wirklich gestellten entscheidenden Fragen, ob bei Familien mit kleinen Kindern tatsächlich Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit anzunehmen ist

und ob das Betreuungsgeld eine darauf bezogene Leistung öffentlicher Fürsorge darstellt, bleiben hingegen unbeantwortet (dazu sogleich zu b).

dd) Ergebnis zu a

Die Einwände, die der Antragsteller dagegen erhebt, dass die Leistung von Betreuungsgeld einen Fall öffentlicher Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG darstellt, gehen an den hierfür maßgeblichen Fragen vorbei.

b) Betreuungsgeld als Fürsorge für Familien mit kleinen Kindern

Die Regelungen über das Betreuungsgeld nach §§ 4a ff. BEEG fallen unter den Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge, wenn mit der Begründung des Gesetzentwurfs bei Familien mit kleinen Kindern Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit angenommen werden kann (unten aa) und wenn die Zahlung des Betreuungsgeldes eine darauf bezogene öffentliche Fürsorge darstellt (unten bb).

aa) Die pauschale Annahme des Fürsorgebedarfs

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs zielt die Zahlung von Betreuungsgeld nicht darauf, „individuelle Not zu lindern“, setzt also nicht bei einer im Einzelfall bestehenden individuellen Notlage an (s. allgemein oben 1 a ff). Sie zielt vielmehr ausdrücklich ganz allgemein auf die Lage von „Familien mit kleinen Kindern“ und nimmt an, dass bei ihnen „auf der Grundlage einer pauschalen Betrachtungsweise von einer Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit ausgegangen werden kann.“ Die Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit bezieht sich auf die für Familien mit kleinen Kindern bestehende Notwendigkeit, in irgendeiner Weise für die Betreuung, Erziehung und Förderung der Kinder zu sorgen.

Dass allein die Notwendigkeit, für Kinderbetreuung Sorge tragen zu müssen, eine Hilfsbedürftigkeit begründen kann, kommt auch, allerdings im speziellen Bezug auf das Ziel, „der Schwangeren eine Hilfe in der Not zu sein“, zum Ausdruck, wenn BVerfGE 88, 203 (330) die öffentliche Fürsorge mit Bezug darauf annimmt, durch die gesetzlich angestrebte bessere Erreichbarkeit entsprechender Einrichtungen werde es der Schwangeren „leichter, die Betreuung eigener Kinder während ihrer Abwesenheit zu regeln.“

Auf diese Situation hat der Gesetzgeber etwa durch den Erlass des Gesetzes zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiföG)

Vom 10.12.2008, BGBl. I, S. 2403

reagiert, in dem mit § 24 Abs. 2 SGB VIII namentlich der Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege für Kinder vom vollendeten ersten bis zum vollendeten dritten Lebensjahr eingeführt wurde. Der Gesetzentwurf

Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD, BT-Dr. 16/9299, S. 11.

stützte sich auf die Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG und sah die der „öffentlichen Fürsorge zuzuordnende[n] Aufgabe ... in einer fürsorgenden Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit (präventiver) Konfliktvermeidung“.

Ebenso die in Bezug genommene Begründung des Gesetzentwurf zum Tagesbetreuungsausbaugesetz, BT-Dr. 15/3676, A. Allgemeiner Teil, II. Gesetzgebungskompetenz, S. 23.

Damit berief er sich auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den nach Einkommen gestaffelten Kindergartengebühren, in dem die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für § 90 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG gestützt wurde; dort wurde angenommen, dass die Kindergartenbetreuung den Eltern bei der Erziehung helfe, die Kinder fördere und schütze und dazu beitrage, positive Lebensbedingungen für Familien mit Kindern zu schaffen; dadurch werde dem Ziel der Jugendpflege, der präventiven Konfliktverhütung, auf wirksame Weise gedient. Die zur öffentlichen Fürsorge gezahlte Jugendpflege wird noch dahingehend charakterisiert, dass sie „das körperliche, geistige und sittliche Wohl aller Jugendlichen fördern will, ohne dass eine Gefährdung im Einzelfall vorzuliegen braucht.“

BVerfGE 97, 332 (341); die dort maßgeblich umstrittene Abgrenzung zum Bildungsbereich ist im Sinne der Bundesgesetzgebungskompetenz geklärt und kann hier außer Betracht bleiben; entsprechend auch schon BVerfGE 22, 180 (212).

Die die Fürsorgekompetenz eröffnende Ausgangslage ist damit das Aufwachsen von Kindern und Jugendlichen an sich, das unabhängig von irgendeiner Gefährdung im Einzelfall Anlass für staatliche Hilfe und Unterstützung im Hinblick auf eine positive Entwicklung der Kinder und ihr späteres Sozialverhalten sein kann. Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit wird allein durch das sensible Lebensstadium konstituiert, in dem sich Kinder und Jugendliche auch in ihren Familien ganz allgemein befinden.

Vgl. etwa *Robbers*, a.a.O., Art. 6 Rdn. 94, zu den „Bindungen und Lasten, die sich aus dem Familienleben ergeben“ (zur Rechtfertigung besonderer Förderung kinderreicher Familien); ähnlich für die Lebenssituation infolge des Heimaufenthalts bei alten, pflegebedürftigen und behinderten Menschen BVerfGE 106, 62 (134).

Genau dies meint die Begründung des Gesetzentwurfs, wenn sie „auf der Grundlage einer pauschalen Betrachtungsweise von einer Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit“ ausgeht.

Dass diese ganz allgemein auch bei „Familien mit *kleinen* Kindern“ besteht, liegt auf der Hand, zeigt sich zudem schon daran, dass die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts ja gerade mit Bezug auf Kinder im Kindergartenalter gemacht wurden.

Die Aussage von BSGE 103, 291 Rdn. 39 (zit. nach juris), zur „betreuungs- und zuwendungsintensiven Zeit der ersten 14 Lebensmonate des Kindes“ gilt in ähnlicher Weise auch für Kinder vor Vollendung des dritten Lebensjahres.

Soweit es um Kinderbetreuungseinrichtungen geht, zieht auch der Antragsteller nicht in Zweifel, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die öffentliche Fürsorge die Möglichkeit einschließt, Regelungen zur Sicherung einer guten Kinderbetreuung zu treffen, ohne dass weitere einengende Voraussetzungen vorliegen müssten. Der Betrieb solcher Einrichtungen aber ist ein mögliches Instrument, mit dem auf die angesprochene Fürsorgesituation reagiert wird, in der sich Familien mit kleinen Kindern allgemein befinden; ihre Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit ist als Aktionsfeld öffentlicher Fürsorge vorgegeben, kann in ihrem Rahmen Anlass zu ganz unterschiedlichen Lösungsversuchen sein.

In Wahrheit stellt auch der Antragsteller somit nicht in Frage, dass der im Betreuungsgeldgesetz geregelte Lebenssachverhalt eine den Zugriff aufgrund der Gesetzgebungskompetenz für die öffentliche Fürsorge eröffnende Situation der Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit konstituiert.

bb) Das Betreuungsgeld als Fürsorgemaßnahme

Unter der Voraussetzung, dass bei Familien mit kleinen Kindern allgemein eine Situation der Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit angenommen werden kann, geht es nur noch um die Frage, ob der Bund im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für die öffentliche Fürsorge in diesem Zusammenhang auch das Mittel des Betreuungsgeldes einsetzen kann.

Dabei besteht von vornherein kein Zweifel, dass öffentliche Fürsorge auch dadurch erfolgen kann, dass Geldleistungen an Privatpersonen erbracht werden; dies ist beispielsweise bei Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII oder der Grundsicherung nach dem SGB II (oben 1 a bb) der Fall und setzt sich in vielfältigen Fällen finanzieller Unterstützung fort.

Allgemein zu finanziellen Zuwendungen als einem Instrument der öffentlichen Fürsorge (neben anderen) etwa *Degenhart*, a.a.O., Rdn. 35; *Rengeling*, a.a.O., § 135 Rdn. 213; *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 60 und Rdn. 55 ff. zu unterschiedlichen Anwendungsbereichen.

Dies sieht auch der Antragsteller nicht anders, denn er räumt ein, dass „unterschiedliche Formen von Leistungen“ denkbar sind, „die der politischen Absichtserklärung in § 16 Abs. 5 SGB VIII entsprechen würden“ und dass darunter auch solche sein könnten, „auf die sich der Sachtitel ‚öffentliche Fürsorge‘ zugunsten des Bundes erstrecken würde.“

Antragsschrift, S. 16 vorletzter Absatz; s. allgemein im Übrigen schon oben 1 a dd.

In dem 2008 zugleich mit dem Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege durch das KiföG geschaffenen § 16 Abs. 4 SGB VIII war aber bereits ins Auge gefasst, ab 2013 „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)“ einzuführen.

Einen Grund, eine solche finanzielle Zuwendung gerade beim Betreuungsgeld aus dem Kreis möglicher Formen der öffentlichen Fürsorge für die Familien mit kleinen Kindern auszugrenzen, hat der Antragsteller nicht vorgetragen; ein solcher Grund ist auch nicht ersichtlich.

Zum einen schafft der Bezug des Betreuungsgeldes für die Familien mit kleinen Kindern zusätzlichen finanziellen Spielraum, um die nach eigenen Vorstellungen gestaltete Kindesbetreuung, etwa durch Bezahlung von Hilfskräften oder die Erstattung von Wegekosten für unentgeltliche Helfer, durchzuführen oder auch finanzielle Einbußen durch einen etwaigen Verzicht auf (intensivere) Erwerbstätigkeiten ein wenig abzufedern.

Der Gesetzentwurf, BT-Dr. 17/9917, S. 1 zu B., spricht von der „Schaffung größerer ökonomischer Gestaltungsfreiräume für die familiäre Kinderbetreuung“.

Insofern gehört auch das Betreuungsgeld in den größeren Zusammenhang des Familienlastenausgleichs, den das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich umfassend

Alternativ wird für die Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten bei der Sozialrente Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG herangezogen, BVerfGE 87, 1 (33 f.); auch *Degenhart*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 40; anders, auch insoweit für „öffentliche Fürsorge“ *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 56, wegen der Finanzierung aus dem Bundeszuschuss zur Rentenversicherung.

dem Bereich der öffentlichen Fürsorge zuordnet.

BVerfGE 87, 1 (34 f., dort S. 38, sind als Elemente des Familienlastenausgleichs genannt: „Erziehungsgeld, Kindergeld, Kinderfreibetrag, Ausbildungsförderung“). Vgl. (zum Elterngeld) auch BSGE 103, 291 Rdn. 38 (zit. nach juris): „Leistungen, für die eine persönliche Bedarfslage nur ganz unspezifisch oder typisiert zugrunde gelegt wird, so etwa das Kindergeld, das eine konkrete Bedarfslage nicht voraussetzt“; allgemein bestätigt in BSG, a.a.O., BeckRS 2011, 72223 Rdn. 29 ff. Aus der Literatur etwa *Kunig*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 29; *Oeter*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 56; *Pieroth*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 18; *Degenhart*, a.a.O., Art. 74 Rdn. 40 (unter Hinweis auf alternativ einschlägige Kompetenztitel); für „Kindererziehungsleistungen als Teil des allgemeinen Familienlastenausgleichs“ *Rengeling*, a.a.O., § 135 Rdn. 213.

Zum andern ist aber auch der Aspekt der ideellen Anerkennung eigener Betreuungsleistungen im privaten Umfeld geeignet, „positive Lebensbedingungen für Familien mit Kindern zu schaffen“,

BVerfGE 97, 332 (341);

weil die gesellschaftliche Anerkennung für diejenigen, die sich der Verantwortung für Pflege und Erziehung von Kindern stellen, ihre Motivation für die und bei der Erfüllung dieser wichtigen Aufgabe befördern kann.

Zum Element der Anerkennung s. den Gesetzentwurf, BT-Dr. 17/9917, S. 1, 7 und 9. Zur Anerkennung der Erziehungsleistung der Familie durch das Erziehungsgeld vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Dr. 13/3792, S. 1, 13. Wenn *Rixen*, a.a.O., DVBl. 2012, 1398, sich gegen einen entsprechenden Regelungszweck des Elterngeldes richtet, mag dies die Parallelität der gesetzlichen Zielsetzungen in Frage stellen, nicht aber den explizit so bekundeten Zweck auch des Betreuungsgeldes.

Als Element öffentlicher Fürsorge ist etwa die Eröffnung von Teilhabe behinderter Menschen, s. SGB IX, vom Gedanken der Anerkennung dieser Menschen getragen, vgl. etwa *Sigrid Arnade*, Zwischen Anerkennung und Abwertung, APUZ B08/2003 (<http://www.bpb.de/apuz/27788/zwischen-erkennung-und-abwertung>); der dort angesprochene Perspektivenwechsel, der Behinderte nicht mehr als „Objekte der Fürsorge“ betrachten will, schließt die kompetenzielle Zuordnung zur öffentlichen Fürsorge nicht aus.

Auch BVerfG (K), Beschl. v. 26.3.2014, - 1 BvR 1133/12 -, Rdn. 21, rechtfertigt die weit niedrigere Höhe des Pflegegeldes bei häuslicher Pflege zumal durch Verwandte gegenüber der Bezahlung professioneller Pflegeleistungen damit, dass das Pflegegeld „nicht als Entgelt ausgestaltet“ sei, sondern „im Sinne einer materiellen Anerkennung“ gewährt werde.

Im Übrigen besteht keinerlei Anlass, etwa die Förderung der Erziehung in der Familie nicht auch als mögliches Element öffentlicher Fürsorge anzuerkennen; schließlich ist diese seit Erlass des Kinder- und Jugendhilfegesetzes integraler Bestandteil des auf die Fürsorgekompetenz gestützten SGB VIII (1. Kapitel, 2. Abschnitt, §§ 16 ff.).

Der Gesetzentwurf zum KJHG nahm denn auch mit größter Selbstverständlichkeit für den Bereich der Jugendhilfe insgesamt die Gesetzgebungskompetenz für die öffentliche Fürsorge nach Art. 74 Nr. 7 GG in Anspruch, vgl. BT-Dr. 11/5948, S. 42.

Dieser übergreifenden Zielsetzung entsprechend ist das Betreuungsgeld ja auch zuerst in § 16 Abs. 4 bzw. später Abs. 5 SGB VIII a.F. in diesem Kontext angesprochen worden.

3. Ergebnis zu I

Die Regelungen des Betreuungsgeldgesetzes sind somit vom Gesetzgebungsgegenstand der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG gedeckt.

II. Zur Erforderlichkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG

Die (unten 1) näher zu bestimmenden Voraussetzungen der Erforderlichkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG haben bei Erlass des Betreuungsgeldgesetzes vorgelegen (unten 2).

1. Zur Bedeutung der Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG

Der 1994

Mit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3, 20a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 118a und 125 a) vom 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

von einer Bedürfnis- zur Erforderlichkeitsklausel umgestaltete, 2006 nur in seinem Anwendungsbereich eingeeengte Art. 72 Abs. 2 GG

Mit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143 c) vom 28.08.2006, BGBl. I S. 2034.

gibt (unter anderem) auf dem Gebiet des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG dem Bund das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Das nach dem Wortlaut auch für alle Varianten des Art. 72 Abs. 2 GG in Betracht kommende Merkmal, dass eine Regelung „im gesamtstaatlichen Interesse“ erforderlich sein muss, wird der entstehungsgeschichtlichen Absicht

Vgl. allerdings nur zur (im Text allein angesprochenen) *Rechtseinheit* den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Dr. 12/6000, S. 33 f.; ebenso trotz der zwischenzeitlichen Einbeziehung auch der Wirtschaftseinheit in den Entwurf die Begründung der Gesetzentwürfe der Fraktionen von CDU, SPD und FDP, BT-Dr. 12/6633, S. 8 zu Nr. 5 (Artikel 72 Abs. 2) bzw. des Bundesrats, BT-Dr. 12/7109, S. 9 zu Nr. 5 (Artikel 72 Abs. 2).

entsprechend nur auf die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit bezogen.

So in expliziter Gegenüberstellung BVerfGE 106, 62 (149); auch *Pestalozza*, a.a.O., Art. 72 Rdn. 361; *Degenhart*, a.a.O., Art. 72 Rdn. 12; *Pieroth*, a.a.O., Art. 72 Rdn. 20 ff.; *Rengeling*, a.a.O., § 135 Rdn. 168; *Stettner*, a.a.O., Art. 72 Rdn. 35, 36; nur vorsichtig *Kunig*, a.a.O., Art. 72 Rdn. 26; wohl auch *Oeter*, a.a.O., Art. 72 Rdn. 111 ff. (bei Akzentuierung vor allem des Bezugs zur „Rechtseinheit“).

Die Bedeutung der drei Varianten (unten a – c) und der auf sie bezogenen Erforderlichkeit der bundesgesetzlichen Regelung (unten d) sowie die Reichweite gerichtlicher Nachprüfung dieser Tatbestandsmerkmale (unten e) ist in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil zum Beruf des Altenpflegers,

BVerfGE 106, 62 (135 ff.); zuvor hatte BVerfGE 98, 265 (302), bezogen auf das 1995 novellierte, also schon der Erforderlichkeitsklausel unterliegende Recht der Schwangerschaftsabbruchsberatung sich mit der folgenden Aussage begnügt: „Wegen der Bedeutung des Lebensschutzes durch Beratung, der – ebenso wie das Strafrecht, das durch die Beratungslösung teilweise ersetzt wird – keine unterschiedliche Gesetzeslage in einzelnen Gebieten der Bundesrepublik Deutschland duldet, war eine auf Art. 72 Abs. 2 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützte bundeseinheitliche Regelung unerlässlich.“

das auch für die seitherige Rechtsprechung prägend war,

Vgl. im engen Anschluss an das Altenpflegeurteil jeweils die Wahrung der Voraussetzungen verneinend BVerfGE 111, 226 (252 ff.); 112, 226 (244 ff.); recht knapp auch BVerfGE 111, 10 (28); auf der Grundlage des Altenpflegeurteils für Einhaltung der Voraussetzungen BVerfGE 113, 167

(197 f.); 119, 59 (82 f.); 122, 1 (21 f.); 125, 141 (153 ff.); BVerfG, Urteil vom 28.01.2014, – 2 BvR 1561/12 – (www.bverfg.de), Rdn. 115 ff.; recht knapp auch BVerfGE 126, 369 (389 f.); nur mittelbar auf das Altenpflegeurteil Bezug nehmend knapp BVerfGE 126, 331 (357); 128, 1 (34).

Ohne Anschluss an das Altenpflegeurteil bzw. ohne nähere Ausführungen zur Bedeutung der einzelnen Anforderungen etwa für Wahrung der Voraussetzungen BVerfGE 109, 190 (229); 114, 196 (222); 124, 348 (364); dagegen BVerfGE 110, 141 (175 f.); nur auf Art. 72 Abs. 2 GG hinweisend BVerfGE 115, 276 (318).

Ohne nähere Befassung auch die Kammerbeschlüsse vom 08.06.2004, – 2 BvR 2212/00 –; vom 25.01.2005, – 2 BvR 2185/04 –; vom 07.08.2007, – 1 BvR 2667/05 –; vom 04.02.2010, – 1 BvR 2514/09 –; vom 04.02.2010, – 1 BvR 2918/09 –; vom 9.9.2010, – 1 BvR 2005/10 –; vom 20.8.2013, – 1 BvR 2402/12 – (alle nach www.bverfg.de).

näher bestimmt worden. Daher wird im Folgenden von den im Altenpflegeurteil entwickelten Maßstäben ausgegangen, auch wenn die darin entwickelten Kriterien – insbesondere im Hinblick auf das Merkmal der „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ – bei einer sehr strikten Anwendung nur in seltenen Fällen erfüllbar sind und insofern neue bundesgesetzliche Normierungen in erheblichem Maße verhindert werden würden. So hat insbesondere der Anwendungsbereich des Tatbestandsmerkmals „Erforderlichkeit zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ durch das Altenpflegeurteil eine extrem starke Einschränkung erfahren.

Dazu nachfolgend a).

Ob dies tatsächlich der Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers von 1994 entsprach, erscheint zweifelhaft.

Eine sehr enge Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Erforderlichkeit zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ bringt auch die Gefahr mit sich, dass sich die Regelungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers in erheblichem Ausmaß auf wirtschaftsbezogene Sachverhalte verengen, da das Tatbestandsmerkmal der „Erforderlichkeit zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ im Altenpflegeurteil am weitesten verstanden wird. Eine solche grundsätzliche Verengung auf Sachverhalte mit Wirtschaftsbezug dürfte nicht die Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers von 1994 gewesen sein, vielmehr dürfte die Änderung des Art. 72 Abs. 2 GG von 1994 im Hinblick auf die verschiedenen Kompetenztitel des Art. 74 GG, die nur zum Teil Wirtschaftsbezug aufweisen, neutral gewesen sein.

Da zahlreiche als bundeseinheitlich regelungsbedürftig erachtete Sachverhalte nicht unter die Anforderungen nach Art. 72 Abs. 2 GG gemäß dem Altenpflegeurteil subsumierbar erschienen, wurde bereits im Rahmen der Föderalismusreform I 2006 erwogen, die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG aufzuheben bzw. die Regelung insgesamt zu modifizieren.

Vgl. Deutscher Bundestag/Bundesrat Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.)
Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur
Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, zu Sache 1/2005, S. 128 ff.

Die schließlich im Wege eines politischen Kompromisses erfolgte Reduktion des Anwendungsbereichs des Art. 72 Abs. 2 GG auf die in der neuen Fassung der Norm genannten Kompetenzmaterien hat hier eine gewisse Erleichterung verschafft, vermochte aber die grundsätzlichen Fragestellungen in Bezug auf die sehr enge Auslegung der Norm im Altenpflegeurteil nicht zu beseitigen.

Die Verfassungsänderung von 2006 dürfte jedenfalls nicht als eine Bestätigung einer restriktiven Normauslegung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber zu interpretieren sein.

Ob – wofür einiges sprechen könnte – eine Lockerung oder zumindest eine flexible Handhabung der Rechtsprechung zu Art. 72 Abs. 2 GG aus dem Altenpflegeurteil angebracht ist, kann vorliegend aber dahinstehen, da das Betreuungsgeldgesetz selbst die hiernach einzuhaltenden Anforderungen beachtet.

a) Zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet

Gegenüber der Vorstellung, dass allein das „Inkraftsetzen bundeseinheitlicher Regelungen“ der ersten Anforderungsvariante des Art. 72 Abs. 2 GG genügen könnte, formuliert das Altenpflegeurteil zu ihrem Inhalt wie folgt: „Das bundesstaatliche Rechtsgut gleichwertiger Lebensverhältnisse ist vielmehr erst dann bedroht und der Bund erst dann zum Eingreifen ermächtigt, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.“

BVerfGE 106, 62 (144 und S. 63 Leitsatz 2 b aa).

Ergänzend wird die Obliegenheit des Bundesgesetzgebers angesprochen, „das für die Einschätzung dieser Lagen erforderliche Tatsachenmaterial sorgfältig zu ermitteln. Erst wenn das Material fundierte Einschätzungen der gegenwärtigen

Situation und der künftigen Entwicklung zulässt, darf der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen.“

BVerfGE 106, 62 (144).

In der Subsumtion verdeutlicht das Altenpflegeurteil die von der ersten Zielvorgabe vorausgesetzte Situation noch einmal durch die Feststellung, die bisherigen landesgesetzlichen Regelungen müssten in einzelnen oder in mehreren Ländern die Betroffenen dort deutlich schlechter stellen als in anderen Bereichen der Bundesrepublik.

BVerfGE 106, 62 (153 f.).

b) Zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse

Zum Kriterium der Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse stellt das Altenpflegeurteil klar, dass die Unterschiedlichkeit landesgesetzlicher Regelungen als notwendige Folge des bundesstaatlichen Aufbaus noch kein gesamtstaatliches Interesse an einer bundesgesetzlichen Regelung begründen kann. Positiv formuliert das Urteil: „Eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene erfüllt die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erst dann, wenn sie eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann.“

BVerfGE 106, 62 (145 und 63 in Leitsatz 2 b bb).

Dazu muss „das gesamtstaatliche Rechtsgut der Rechtseinheit, verstanden als Erhaltung einer funktionsfähigen Rechtsgemeinschaft,“ bedroht sein, „die unterschiedliche rechtliche Behandlung desselben Lebenssachverhalts unter Umständen erhebliche Rechtsunsicherheiten und damit unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr erzeugen“ können.

BVerfGE 106, 62 (145, 146).

c) Zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse

Das Altenpflegeurteil hat auch die Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse maßgeblich interpretiert: „Die ‚Wahrung der Wirtschaftseinheit‘ liegt im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtssetzung geht.“ Ähnlich heißt es noch: „Der Erlass von Bundesgesetzen zur Wahrung der Wirtschaftseinheit steht dann im

gesamtstaatlichen, also im gemeinsamen Interesse von Bund und Ländern, wenn Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.“

BVerfGE 106, 62 (146, 147 und 63 in Leitsatz 2 b cc).

d) Zur Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung

Zur Bedeutung der Erforderlichkeit der bundesgesetzlichen Regelung nimmt das Altenpflegeurteil im Rahmen seiner Erwägungen zum Umfang der Gerichtskontrolle (im Übrigen dazu unten e) Stellung. Es sieht durch das Kriterium „den Bund auf den geringstmöglichen Eingriff in das Gesetzgebungsrecht der Länder“ verwiesen und folgert daraus: „Erforderlich' ist die bundesgesetzliche Regelung danach nur soweit, als ohne sie die vom Gesetzgeber für sein Tätigwerden im konkret zu regelnden Bereich in Anspruch genommene Zielvorgabe des Art. 72 Abs. 2 GG, also die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse oder die im gesamtstaatlichen Interesse stehende Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, nicht oder nicht hinlänglich erreicht werden kann.“

BVerfGE 106, 62 (149).

Dabei fordert das Urteil eine zweistufige Prüfung: „Bezieht sich der erste Prüfungsschritt auf die Frage, ob eine Regelung des Bundesgesetzgebers zum Schutz der in Art. 72 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zulässig ist („wenn ... erforderlich'), so ist im zweiten Schritt das Ausmaß der Eingriffsbefugnis („soweit ... erforderlich') festzustellen.“

BVerfGE 106, 62 (149).

Das Urteil gesteht „dem Gesetzgeber eine Prärogative für Konzept und Ausgestaltung des Gesetzes“ zu und fährt fort: „Wenn er ein Konzept gewählt hat, das sowohl die Hürde des Art. 74 Abs. 1 GG genommen hat als auch zum Schutz der Rechtsgüter des Art. 72 Abs. 2 GG nach Ziel und Wirkung erforderlich ist, können Teile des Konzepts nur dann als zu regelungsintensiv herausgenommen werden, wenn das Gesamtkonzept, und damit die Wirkung des Gesetzes, ohne sie nicht gefährdet wird.“

BVerfGE 106, 62 (149 f.); sachlich übereinstimmend BVerfGE 113, 167 (197 f.).

Wenn landesrechtliche Regelungen ausreichen, um die Ziele des Art. 72 Abs. 2 GG zu erreichen, ist die Bundeskompetenz ausgeschlossen; „dabei genügt allerdings nicht jede theoretische Handlungsmöglichkeit der Länder. Insbesondere schließt die bloße Möglichkeit gleich lautender Ländergesetze eine Bundeskompetenz nicht aus.“

BVerfGE 106, 62 (150).

e) Reichweite gerichtlicher Nachprüfung

Schließlich legt das Altenpflegeurteil, im Kontrast zur Bedürfnisprüfung nach dem ursprünglichen Art. 72 Abs. 2 GG, die Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts fest. Es versteht die Merkmale des Art. 72 Abs. 2 GG als „unbestimmte Gesetzesbegriffe“ und unterwirft ihre Auslegung „umfassend[er]“ Kontrolle. Die Tatbestandsvoraussetzungen sollen „nicht allein am Gesetzesziel geprüft werden“, vielmehr soll „die Kompetenz auch nach den tatsächlichen Auswirkungen des Gesetzes, soweit sie erkennbar und vorab abschätzbar sind, beurteilt“ werden. Dabei sei kein „Tauglichkeitsoptimum“ zu verlangen; es genüge vielmehr, „wenn mit Hilfe des Gesetzes der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“.

Hinsichtlich prognostischer Entscheidungen will das Bundesverfassungsgericht vor allem prüfen, „ob der Gesetzgeber seine Entscheidung auf möglichst vollständige Ermittlungen gestützt oder ob er relevante Tatsachen übersehen hat.“ Sowohl für die Methoden der Tatsachenermittlung als auch für die grundsätzlich als notwendig akzeptierten Prognosen selbst räumt das Urteil dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum ein, dessen Reichweite nicht einheitlich zu bestimmen sei.

BVerfGE 106, 62 (151 f.). Für weit gehende Spielräume insoweit etwa *Kunig*, a.a.O., Art. 72 Rdn. 27; daran anschließend unter Berufung auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Margarete Schuler-Harms/Joachim Wieland*, Der Rechtsanspruch auf Schutz und Hilfe für von Gewalt betroffene Frauen und deren Kinder, Rechtsgutachten 2012, S. 12 f. (http://www.der-paritaetische.de/uploads/tx_pdforder/rechtsgutachten-frauen_web.pdf).

2. Die Erfüllung der Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG

Zu den Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG

Für Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung des Betreuungsgeldes *Kluth*, a.a.O., Ausschussdrucksache 17(13)188j, S. 10 ff.; *Eichenhofer*, a.a.O., ZG 2013, 64; zur Anerkennung der Erziehungsleistung der Familie durch das Erziehungsgeld vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Dr. 13/3792, S. 1, 13.

konzentriert sich der Entwurf des Betreuungsgeldgesetzes auf die erste Variante des Art. 72 Abs. 2 GG (unten b); dieser Ansatz kann aber im Hinblick auf die Zugehörigkeit zu dem Kinderförderungsgesetz zugrunde liegenden Gesamtkonzept auf die anderen beiden Varianten des Art. 72 Abs. 2 GG (unten c und d) erweitert werden (unten a).

Zur Berücksichtigung im Gesetzgebungsverfahren noch nicht dokumentierter, erst im Normenkontrollverfahren vorgebrachter Begründungselemente ausdrücklich etwa BVerfGE 112, 226 (244).

a) Die Zugehörigkeit zum Gesamtkonzept des Kinderförderungsgesetzes

Das Betreuungsgeld des Bundes ist Teil eines schon dem Kinderförderungsgesetz zugrunde liegenden Gesamtkonzepts zur Bewältigung der Probleme der Lebenssituation von Familien mit kleinen Kindern hinsichtlich der Kinderbetreuung.

In diesem Gesetz wurde einmal der Ausbau der vielgestaltigen Kindertagesbetreuung und der Anspruch auf frühkindliche Förderung für ein- bis dreijährige Kinder nach § 24 Abs. 2 SGB VIII, nach Art. 10 Abs. 3 Satz 1 KiföG ab 01.08.2013, geregelt; zum anderen war gleichzeitig und hiermit verknüpft in § 16 Abs. 4 SGB VIII a.F. (später Abs. 5) vorgesehen, dass ab 2013 „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“ sollte. Dazu heißt es in der Gesetzesbegründung: „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.“

Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Dr. 16/9299, S. 14.

Damit ist der Konnex zwischen Ausbau der Kindertagesbetreuung einerseits und der von den Eltern selbst erbrachten Erziehungsleistungen andererseits ausdrücklich hervorgehoben.

Auch wenn das Betreuungsgeld damit nicht in geltendes Recht umgesetzt war, sondern erst zum Jahr 2013 realisiert werden sollte, war es doch, wie der ebenfalls erst 2013 wirksam werdende Betreuungsanspruch der ein- bis dreijährigen Kinder, Teil der schon im Kinderförderungsgesetz angelegten, staatlich geförderten Betreuung und Anerkennung der persönlichen Leistung der Eltern umfassenden Gesamtkonzeption. Diese greift das Betreuungsgeldgesetz im vorgesehenen

Zeitraumen auf, stellt sich damit in deren Kontinuität und aktualisiert mit dem Betreuungsgeldanspruch das ausstehende Teilelement des Ganzen.

Vgl. die Begründung des Entwurfs des Betreuungsgeldgesetzes, BT-Dr. 17/9917, S. 7 (rechte Spalte unten), wo die ausdrückliche Rückanknüpfung an die „Einfügung des § 16 Absatz 5 SGB VIII im Jahr 2008“ erfolgt.

Daher kann das Betreuungsgeld, als wäre es bereits im Jahre 2008 unmittelbar im Kinderförderungsgesetz geregelt worden (vielleicht auch mit einem auf das Jahr 2013 verschobenem Inkrafttreten wie beim Anspruch auf die frühkindliche Förderung gem. § 24 Abs. 2 SGB VIII), grundsätzlich auf die Erforderlichkeit des Kinderförderungsgesetzes insgesamt gestützt werden, die auch unter den Aspekten der Rechts- und Wirtschaftseinheit begründet ist (unten c und d). Anderes gälte nur, wenn die Regelung über das Betreuungsgeld als Teil des Gesamtkonzepts „zu regelungsintensiv“ wäre und „das Gesamtkonzept, und damit die Wirkung des Gesetzes, ohne sie nicht gefährdet wäre.“

BVerfGE 106, 62 (149 f.); sachlich übereinstimmend BVerfGE 113, 167 (197 f.).

Dazu wird (unten e) noch näher Stellung genommen.

b) Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse

Die Frage der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse als Zielvorgabe der bundesgesetzlichen Regelung des Betreuungsgeldgesetzes hat die Begründung des Gesetzentwurfs mit Blick auf die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Anforderungen ausführlich behandelt. Sie stellt maßgeblich auf die trotz der bisherigen Bemühungen um die Verbesserung der Kinderbetreuungsmöglichkeiten verbliebenen großen Unterschiede in der Verfügbarkeit von Angeboten frühkindlicher Betreuung ab, die insbesondere zwischen den Ländern im Beitrittsgebiet und den schon 1990 zum Bundesgebiet gehörenden Ländern bestehen. Zugleich wird auf die zugrunde liegende „unterschiedliche Bewertung der Tagesbetreuung für Kleinkinder“ hingewiesen.

BT-Dr. 17/9917, S. 8f.: „Bis heute bestehen zwischen den Ländern erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Verfügbarkeit öffentlicher und privater Angebote im Bereich der frühkindlichen Betreuung, die nicht zuletzt auch auf eine jeweils unterschiedliche Bewertung der Tagesbetreuung für Kleinkinder zurückzuführen sind. Während die neuen Länder (ohne Berlin) im Durchschnitt auf eine Betreuungsquote von 49 Prozent der Kinder unter drei Jahren kommen, liegt die durchschnittliche Betreuungsquote im früheren Bundesgebiet (ohne Berlin) bei 20 Prozent.“

Damit sind erhebliche Unterschiede der Lebensverhältnisse bezeichnet, die das „bundesstaatliche Sozialgefüge“ beeinträchtigen. Objektiv klafft der nicht angezweifelte Unterschied zwischen Ländern, in denen ausreichende Angebote bestehen, und solchen, in denen die Eltern „schon tatsächlich keine Möglichkeit [haben], für ihre Kinder in den ersten Lebensjahren eine öffentliche oder privat organisierte Betreuung in Anspruch zu nehmen.“

BT-Dr. 17/9917, S. 8f.

Eltern, die in den unterversorgten Ländern eine familienexterne Betreuungsmöglichkeit suchen und nicht finden, sind dadurch deutlich schlechter gestellt als die Eltern, die in Ländern mit größerem Betreuungsangebot auf entsprechende Möglichkeiten zurückgreifen können. Die insoweit fehlende Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse der Familien mit kleinen Kindern wurde in der Begründung zum Kinderförderungsgesetz wohl als offensichtlich ohne spezielle Darlegungen konstatiert

BT-Dr. 16/9299, S. 11; allerdings werden ausdrücklich auch die Erwägungen zur Gesetzgebungskompetenz für maßgebend erklärt, die dem Tagesbetreuungsausbaugesetz zugrunde lagen. Diese sehen mit Rücksicht auf das auch dort festgestellte Gefälle in der Angebotsstruktur zwischen den westlichen und östlichen Ländern bei der Tagesbetreuung für Kinder ausdrücklich den Bundesgesetzgeber gefordert, „eine bundesgesetzliche Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ zu treffen, BT-Dr. 15/3676.

und wird auch vom Antragsteller nicht in Zweifel gezogen.

Die Antragsschrift, S. 21 f., bestreitet insoweit nur, dass gerade das Betreuungsgeldgesetz ein Mittel zur Verringerung dieser Unterschiede ist; darauf kommt es allerdings mit Blick auf die übergreifende Gesamtkonzeption, die der Bundesgesetzgeber für die Kinderbetreuung verfolgt (oben a), nicht an (dazu unten e).

Der Gesetzgeber durfte anders ausgedrückt von folgenden Gesichtspunkten ausgehen: Zum „Sozialgefüge“ ist auch die subjektiv empfundene, immaterielle Seite zu zählen, die divergierenden Werthaltungen der Bevölkerung in den verschiedenen Ländern des Bundesgebiets zur Frage der frühkindlichen Betreuung innerhalb und außerhalb der Familien, mit denen Eltern kleiner Kinder konfrontiert sind und die zu Problemen bei der sozialen Akzeptanz der von den Eltern zu treffenden Wahlentscheidung zwischen den unterschiedlichen Möglichkeiten der Betreuung ihrer kleinen Kinder führen. Für Eltern, die mit ihrer Entscheidung für oder gegen eine Betreuung ihrer kleinen Kinder in dafür bestehenden Einrichtungen oder in

Tagespflege in dem Land, in dem sie leben, auf Ablehnung und Unverständnis stoßen, bedeutet auch dies eine deutliche Schlechterstellung gegenüber Eltern, die im Einklang mit den in ihrem Aufenthaltsland vorherrschenden Werthaltung ihrer Mitbürger handeln können.

Die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse von Familien mit kleinen Kindern war bei Erlass des Betreuungsgeldgesetzes insoweit nicht gegeben.

Zur Bedeutung der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse gerade im Kontext von Sozialleistungen zum Betreuungsgeld *Kluth*, a.a.O., Ausschussdrucksache 17(13)188j, S. 11 f.; allgemein *Württemberg*, a.a.O., S. 180 ff., 189, der die öffentliche Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG als eines der „Paradebeispiele unter den Gesetzgebungsmaterien, die nach Art. 72 II, 1. Var. GG bundeseinheitlich geregelt werden können,“ nennt. Für Erforderlichkeit gesetzlicher Regelungen des Bundes „gerade auch gegenüber den Bürgern, denen er grundrechts- und sozialstaatsverpflichtet ist“, *Kunig*, a.a.O., Art. 72 Rdn. 27.

c) Wahrung der Rechtseinheit

Während die vor dem Betreuungsgeldgesetz bestehenden Unterschiede zwischen den Ländern im Hinblick auf die Gewährung von Betreuungs- bzw. Erziehungsgeld als solche die Anforderungen an die Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse nicht erfüllen dürften, erlangt diese Zielvorgabe des Art. 72 Abs. 2 GG dann Bedeutung, wenn man das mit dem Kinderförderungsgesetz verfolgte und mit dem Betreuungsgeldgesetz vervollständigte Gesamtkonzept (dazu oben a) ins Auge fasst (zur diesbezüglichen Erforderlichkeit unten e).

Im Hinblick auf die neuen Regelungen des Kinderförderungsgesetzes zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege stellte die Begründung des Gesetzentwurfs nach näherer Schilderung der ganz unterschiedlichen landesrechtlichen Gestaltungen in diesem Lebensbereich eine „aus dieser Vielfalt der unterschiedlichen Regelungen resultierende Rechtszersplitterung [fest, die] sowohl im Interesse des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden“ könne. Die im Altenpflegeurteil geforderten „problematischen Folgen“ dieser Rechtszersplitterung sah die Begründung darin, dass „Eltern, die eine Erwerbstätigkeit mit Pflichten in der Familie vereinbaren wollen und angesichts der Anforderungen der Wirtschaft ein hohes Maß an Mobilität aufbringen müssen, nicht darauf vertrauen [können], in allen Ländern ein im Wesentlichen gleiches Angebot an qualitätsorientierter Tagesbetreuung vorzufinden. Aus demselben Grunde können

auch überregional agierende Unternehmen nicht damit rechnen, in allen Ländern auf ein Potenzial qualifizierter weiblicher Arbeitskräfte zurückgreifen zu können,....“

BT-Dr. 16/9299, S. 11 rechte Spalte unten.

Zum „länderübergreifenden Rechtsverkehr“ als Bezugspunkt der Rechtseinheit ist auch der Abschluss von Arbeitsverträgen mit Personal aus anderen Ländern und dessen Wechsel an Standorte in anderen Ländern zu zählen; die diesbezüglichen Behinderungen durch die frühere Rechtszersplitterung waren auch erheblich und für die Betroffenen unzumutbar, somit im Interesse von Bund und Ländern nicht hinzunehmen.

d) Wahrung der Wirtschaftseinheit

Auch die Wirtschaftseinheit war vor dem Kinderförderungsgesetz durch die in den Ländern ganz unterschiedliche und zu großen Teilen defizitäre Situation der Kinderbetreuungseinrichtungen für arbeitswillige Eltern kleiner Kinder in Frage gestellt. Der Gesetzentwurf nannte den „Ausbau von Kindertageseinrichtungen eine wesentliche Voraussetzung für die Mobilisierung des Beschäftigungspotentials von Frauen“. Dies ist ebenso weiterhin gültig, wie die Annahme, dass eine „bundesweit ausgebaute Tagesbetreuung, die über das TAG-Niveau hinausgeht, von zentraler Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Gesamtwirtschaft“ ist und deshalb im gesamtstaatlichen Interesse liegt.

BT-Dr. 16/9299, S. 12 linke Spalte.

e) Zur verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit des Betreuungsgeldgesetzes

Die Erforderlichkeit des Betreuungsgeldgesetzes im Hinblick auf die Zielvorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG ist schon mit Rücksicht auf seinen unmittelbaren Regelungsinhalt anzunehmen (unten aa), ergibt sich aber in besonderem Maße dann, wenn man seine Zugehörigkeit zu der Gesamtkonzeption berücksichtigt (unten bb), die der Bundesgesetzgeber in der Frage der Unterstützung der Familien mit kleinen Kindern bei der Betreuung verfolgt (oben a).

aa) Zum unmittelbaren Regelungsinhalt

Die Regelung des Betreuungsgeldes selbst ist nicht geeignet und auch gar nicht darauf angelegt, die Unterschiede bei der Verfügbarkeit öffentlicher und privater Angebote im Bereich der frühkindlichen Betreuung zu beseitigen. Die

Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse von Familien mit kleinen Kindern in verschiedenen Teilen des Bundesgebiets war aber nach Einschätzung des Gesetzentwurfs wie gezeigt (oben b) auch dadurch in Frage gestellt, dass sie aufgrund divergierender Werthaltungen der jeweiligen Bevölkerungsteile mit verbreitet fehlender sozialer Akzeptanz ihrer Entscheidung insbesondere gegen eine Betreuung ihrer kleinen Kinder im Rahmen der §§ 22 ff. SGB VIII konfrontiert waren.

Das Fehlen sozialer Akzeptanz, die diese Eltern in manchen Bereichen des Bundesgebietes aufgrund der dort verbreiteten Werthaltungen nach Einschätzung des Gesetzgebers des Betreuungsgeldgesetzes verstärkt erfahren, wird durch die offizielle Anerkennung, die mit der Zahlung von Betreuungsgeld verbunden ist, jedenfalls abgemildert und dadurch weniger unzumutbar.

Zur Anerkennungsfunktion des Pflegegeldes für die häusliche Pflege insbesondere durch Verwandte zuletzt BVerfG (K), Beschl. v. 26.3.2014, - 1 BvR 1133/12 -, Rdn. 21.

Eine Aussicht, dieser Problematik durch übereinstimmende Landesgesetze Rechnung zu tragen, bestand bei realistischer Betrachtungsweise nicht; die bloße Möglichkeit gleich lautender Ländergesetze steht der Erforderlichkeit nach dem (oben 1 d Gesagten) nicht entgegen.

bb) Zur Erforderlichkeit im Rahmen der Gesamtkonzeption

Sieht man das Betreuungsgeld im Rahmen der Gesamtkonzeption des Bundesgesetzgebers zur frühkindlichen Betreuung (oben a), kommt es nach der im Altenpflegeurteil entwickelten zweistufigen Prüfung (oben 1 d) zum einen darauf an, ob das Gesamtkonzept als Ganzes den Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG entspricht (unten [1]), zum anderen ist zu fragen, ob die Wirkung des dem Gesamtkonzept entsprechenden Gesetzes ohne das Betreuungsgeld gefährdet würde (unten [2]).

(1) Zur Zulässigkeit des Gesamtkonzepts

Das Gesamtkonzept, zu dem das Betreuungsgeld seit dem Kinderförderungsgesetz gehört, ist eines, das für die Eltern von kleinen Kindern einerseits Möglichkeiten schaffen will, ihre Kinder in Einrichtungen oder mittels Tagespflege (nach dem SGB VIII) betreuen zu lassen, ohne ihnen dies aber andererseits aufzuzwingen. Ohne eine bundesgesetzliche Regelung zur Betreuung der ein- bis dreijährigen Kinder wären in diesem Bereich angesichts der beschriebenen Ausgangslage (oben b bis d)

die drei gefährdeten bzw. beeinträchtigten Ziele des Art. 72 Abs. 2 GG, die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet sowie die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse, jedenfalls nach der Einschätzung des Gesetzgebers nicht zu erreichen.

(2) Zur Unentbehrlichkeit des Betreuungsgeldes im Gesamtkonzept

Das Betreuungsgeld als Teil des Gesamtkonzepts kann auch nicht als zu „regelungsintensiv“ herausgenommen werden, ohne dass das Gesamtkonzept des KiföG-Gesetzgebers gefährdet werden würde. Das Gesamtkonzept der Sorge um die Betreuungsmöglichkeiten der ein- bis dreijährigen Kinder hat in der damaligen Gesetzesbegründung stets die Optionen der Eltern in einer vielfältigen Betreuungslandschaft betont

BT-Dr. 16/9299, S. 10.

und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie ermöglichen wollen, um damit Wahlmöglichkeiten für Eltern, praktisch insbesondere die Mütter, sicherzustellen.

BT-Dr. 16/9299, S. 12.

Diese Wahlmöglichkeiten waren nicht nur auf Varianten der Verbindung von Familien- und Berufarbeit bezogen, sondern betrafen auch die vorgelagerte Frage, ob eine solche Kombination überhaupt angestrebt wurde. Dies verdeutlicht gerade die neben dem Ausbau der Betreuungseinrichtungen vom KiföG-Gesetzgeber ins Auge gefasste Einführung des Betreuungsgelds für Eltern, „die ihre Kinder von ein bis drei Jahren nicht in Tageseinrichtungen betreuen lassen wollen oder können“.

So ausdrücklich der Wortlaut von § 16 Abs. 4 (bzw. 5) SGB VIII a.F. und BT-Dr. 16/9299, S. 3.

Bei der konkreten gesetzgeberischen Umsetzung des Betreuungsgelds wird dessen Funktion für die Wahlfreiheit der Eltern und deren Bedeutung dann deutlicher hervorgehoben als in Gesetzestext und -begründung zu § 16 Abs. 4 SGB VIII a.F. (bzw. später Abs. 5). Geradezu leitmotivisch erklärt schon der erste Satz der Gesetzesbegründung des Entwurfs der Fraktionen von CDU/CSU und FDP: „Es ist Aufgabe staatlicher Familienförderung, Wahlfreiheit für Eltern bei der Kleinkindbetreuung zu gewährleisten, ...“. Noch in demselben Absatz wird die Wahlfreiheit auf die Vielfalt der Möglichkeiten bezogen, die auch jenseits der Möglichkeiten nach §§ 22 ff. SGB VIII bestehen, wenn es dort heißt: „Ob externe

oder familieninterne Betreuung, ob Tageseinrichtung, Kindertagespflege, Elterninitiative, Betreuung bei Vater oder Mutter, durch Großeltern oder Au-pair, ob Ganztagsangebot oder stundenweise Inanspruchnahme; alle diese Optionen sollen sich im Interesse von Vielfalt und Wahlfreiheit idealerweise ergänzen.“

BT-Dr. 17/9917, S. 1; ganz ähnlich erneut S. 8 rechte Spalte.

Später wird das Thema variiert: Das Betreuungsgeld „verbessert die Wahlfreiheit von Vätern und Müttern“, das Gesetz dient der „Gewährung und Sicherstellung von Wahlfreiheit“,

Beides BT-Dr. 17/9917, S. 7 linke Spalte.

durch das Betreuungsgeld „wird die ökonomische Grundlage für eine selbstbestimmte Entscheidung über die Art der Betreuung von Kindern verbessert und damit die Wahlfreiheit gefördert“,

BT-Dr. 17/9917, S. 8

und es soll „echte Wahlfreiheit für Eltern zwischen der Betreuung innerhalb der Familie und der Betreuung in öffentlichen oder privat organisierten Betreuungsangeboten“ schaffen.

BT-Dr. 17/9917, S. 9.

Ein Regelungskonzept, das auf die Verwirklichung der Wahlfreiheit der Eltern in Bezug auf die Betreuung ihrer kleinen Kinder zielt, kann in der Tat die von dieser Wahlfreiheit umfassten Optionen der Selbstbetreuung und sonstiger Betreuungsvarianten jenseits der in §§ 22 ff. SGB VIII geregelten Formen nicht ausblenden.

Hätte die Frage des Betreuungsgeldes für Eltern, die solche Betreuungsvarianten bevorzugen, der Gestaltung durch die Länder überlassen bleiben müssen, wäre die elterliche Wahlfreiheit als zentrales Element das Gesamtkonzepts des damaligen Bundesgesetzgebers zur frühkindlichen Betreuung in einer wesentlichen Richtung ausgeblendet und die umfassende Wirksamkeit des Gesetzes für diesen Bereich zumindest gefährdet worden.

3. Ergebnis zu II

Festzuhalten ist damit, dass das Betreuungsgeldgesetz ausweislich der Motive seines Gesetzgebers schon für sich genommen zur Herstellung gleichwertiger

Lebensverhältnisse im Bundesgebiet nach Art. 72 Abs. 2 1. Alt. GG erforderlich ist und zudem als integrales Element der Gesamtkonzeption des Bundesgesetzgebers zur Förderung frühkindlicher Erziehung bei Wahlfreiheit der Eltern von der Legitimation des Kinderförderungsgesetzes erfasst wird, die zudem auch mit Rücksicht auf die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse anzunehmen, also nach allen drei Alternativen des Art. 72 Abs. 2 GG gerechtfertigt ist.

III. Ergebnis zu B

Das Betreuungsgeldgesetz ist vom Bundesgesetzgeber im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung für das Gebiet der öffentlichen Fürsorge (außerhalb des ausgenommenen Heimrechts) nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG erlassen worden und wird den Anforderungen der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG gerecht.

C. Zur materiellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Die vom Antragsteller vorgebrachten Vorbehalte im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den Grundrechten können ausgeräumt werden. Dies gilt insbesondere für einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1, 2 GG (unten I) und gegen Art. 6 Abs. 1, 2 GG (unten II).

Der grundrechtlichen Stellungnahme ist der zentrale Gesichtspunkt, der übergreifend bei allen einschlägigen grundrechtlichen Fragen in den Blick zu nehmen ist und der in entscheidender Weise für die materielle Verfassungsmäßigkeit des Betreuungsgeldgesetzes streitet, voranzustellen:

Durch das Betreuungsgeldgesetz wird mit dem Betreuungsgeld eine zusätzliche Sozialleistung eingeführt. Im Bereich der Leistungsverwaltung verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Spielraum.

Dieser weite Spielraum ist das zentrale Argument für die materielle Verfassungsmäßigkeit des Betreuungsgeldgesetzes. Vor diesem Hintergrund kommt es für die materielle Verfassungsmäßigkeit des Betreuungsgeldgesetzes auch nicht darauf an, ob die Entscheidung des Parlamentsgesetzgebers für das Betreuungsgeld als politisch sinnvoll angesehen wird. Überhaupt ist hier ausdrücklich klarzustellen,

dass mit dieser Stellungnahme keine politischen Aussagen zu dem Betreuungsgeld getroffen werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es gerade der Parlamentsgesetzgeber, dessen Aufgabe es ist, der also berechtigt und verpflichtet ist, in wesentlichen normativen Fragen – wie gerade im Bereich der Grundrechtsverwirklichung – die wesentlichen Entscheidungen zu treffen. Selbstverständlich ist der Gesetzgeber – wie schon Art. 1 Abs. 3 GG besagt – hierbei seinerseits an die Grundrechte gebunden. Gerade im Bereich der Leistungsgesetzgebung ist dem Gesetzgeber durch diese aber nicht jede Entscheidung umfassend verfassungsrechtlich vorgegeben. Vielmehr verfügt er bei der Kreation und Ausgestaltung sozialpolitischer Leistungen über weite Spielräume.

I. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 i. V. mit Art. 6 Abs. 1, 2 GG

Nach Vergewisserung über den Prüfungsgegenstand (zu 1.) und den Prüfungsmaßstab (zu 2.) erweist sich die insoweit angegriffene Regelung des Betreuungsgeldgesetzes als im Einklang mit Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1, 2 GG stehend (zu 3).

1. Zum Prüfungsgegenstand

Der Antragsteller spricht unter der genannten Überschrift keine einzelne Bestimmung des Betreuungsgeldgesetzes als Prüfungsgegenstand an. Das ganze Gesetz kann als solches an materiellen Verfassungsbestimmungen wie dem Gleichheitssatz nicht gemessen werden.

In den Eingangsbemerkungen zu ihrem materiellen Teil bezieht sich die Antragschrift konkreter auf „ein Aufwachsen außerhalb öffentlich geförderter Kinderbetreuungseinrichtungen“.

Antragschrift, S. 29 zu II. erster Absatz.

Dies zielt wohl auf den durch Art. 1 Nr. 3 Betreuungsgeldgesetz, als Teil des dort vorgesehenen „Abschnitt[s] 2 Betreuungsgeld“, in das BEEG eingefügten § 4a Abs. 1 Nr. 2. Dieser sieht allerdings den Anspruch auf Betreuungsgeld nur für denjenigen vor, der „für das Kind keine Leistungen nach § 24 Absatz 2 in Verbindung mit den §§ 22 bis 23 des Achten Buches Sozialgesetzbuch in Anspruch nimmt.“ Schon § 24

Abs. 2 SGB VIII spricht aber dem Kind einen „Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung *oder in Kindertagespflege* zu.“

Hervorhebung nicht im Gesetzestext.

Auch die §§ 22 bis 23 SGB VIII unterscheiden zwischen Tageseinrichtungen und Kindertagespflege, so dass Kinder, für die letztere in Anspruch genommen wird, kaum als solche erfasst werden können, die in „Kinderbetreuungseinrichtungen“ aufwachsen. Tatsächlich wird dann auch in der Zusammenfassung der Begründung des Antrags auf eine „Geldleistung für ein Aufwachsen außerhalb einer öffentlich geförderten Tageseinrichtung *oder Tagespflege*“ abgestellt,

Antragsschrift, S. 2 f. (Hervorhebung nicht im Original); zum Folgenden ebda., S. 30 Mitte und unten.

später auf die Anknüpfung der Leistung daran, „ob Eltern für ihre ein- und zweijährigen Kinder öffentlich geförderte Betreuung in Anspruch nehmen“, und auf die Abgrenzung der „Leistungsberechtigung von der Inanspruchnahme einer durch Sach- und Personalkostenzuschüsse öffentlich geförderten Einrichtung nach § 24 Abs. 2 i.V.m. §§ 22-23 SGB VIII [...] (§ 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG [...]).“

Auch wenn sich der Antragsteller mit dieser, allerdings wiederum die Kindertagespflege vernachlässigenden Formulierung wohl auf die Entwurfsfassung des § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG bezieht,

BT-Dr. 17/9917, S. 3; diese lautete: „für das Kind keine dauerhaft durch öffentliche Sach- und Personalkostenzuschüsse geförderte Kinderbetreuung, insbesondere keine Betreuung in Tageseinrichtungen oder in Kindertagespflege nach § 24 Absatz 2 in Verbindung mit den §§ 22 bis 23 des Achten Buches Sozialgesetzbuch, in Anspruch nimmt“.

diese dabei allerdings durchaus variiert,

Mit „durch Sach- und Personalkostenzuschüsse öffentlich geförderten Einrichtung“ in der Antragsschrift gegenüber „durch öffentliche Sach- und Personalkostenzuschüsse geförderte Kinderbetreuung“ im Gesetzentwurf.

ist offenbar die als Gesetz verkündete Fassung des § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG gemeint, die – ohne den ganz allgemeinen Bezug auf öffentliche Förderung durch Zuschüsse oder Förderung durch öffentliche Zuschüsse – als Anspruchsvoraussetzung nuremehr darauf abstellt, dass eine Person „für das Kind keine Leistungen nach § 24 Absatz 2 in Verbindung mit den §§ 22 bis 23 des Achten Buches Sozialgesetzbuch in Anspruch nimmt.“

Gerügt wird dabei offenbar die Differenzierung zwischen den Personen, die diese Voraussetzung des § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG erfüllen, und denen, für die sie nicht zutrifft.

Die Antragschrift, S. 32, zweiter Absatz, beginnt zu b), die ausführliche Beschreibung des gerügten Gesetzesinhalts zusammenfassend mit „Diese Differenzierung“.

Die zusätzlich angesprochenen zahlreichen Nichtdifferenzierungen,

Antragschrift, S. 32 oben.

sind wohl nur genannt, um den angegriffenen Inhalt der gesetzlich vorgenommenen Differenzierung negativ zu präzisieren, und sind nicht Gegenstand eigenständiger Rügen einer Verletzung des Gleichheitssatzes.

2. Zum Prüfungsmaßstab

Den vom Antragsteller an den Anfang gestellten Prüfungsmaßstab von „Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1, 2 GG“ hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts bei seiner vom Antragsteller in Bezug genommenen

Antragschrift, S. 30 oben, 2. Entscheidung, gemeint offenbar BVerfGE 130, 240 (254 f.); zur in der Antragschrift erstzitierten Entscheidung, BVerfGE 87, 1 (35) (die angegebene „Absatz-Nr. 123“ bei juris), und zur dort drittgenannten, BVerfGE 82, 60 (81) (die angegebene „Absatz-Nr. 87-88“ bei juris) noch nachfolgend im Text.

Normenkontrollentscheidung zu Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayLErzGG, die den Anspruch auf Landeserziehungsgeld davon abhängig machte, dass eine Person „die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt“, so nicht verwendet. Er stellt vielmehr allein auf Art. 3 Abs. 1 GG ab,

BVerfGE 130, 240 (252); so auch zum Ausschluss bestimmter ausländischer Eltern vom Bundeserziehungsgeld und vom Bundeselterngeld BVerfGE 132, 72 Rdn. 20.

berücksichtigt Art. 6 Abs. 2 GG dann innerhalb des Art. 3 Abs. 1 GG zur näheren Bestimmung der Anforderungen jenseits des „bloßen Willkürverbot(s)“.

BVerfGE 130, 240 (254 f.); BVerfGE 87, 1 (36 f.), sieht als Prüfungsmaßstab „in erster Linie Art. 3 Abs. 1 GG“ mit dem Zusatz, „der jedoch in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gesehen werden muß“, und verlangt im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG dann, bei gesetzlichen Differenzierungen „zum Nachteil der Familie“ sei „der besondere Schutz zu beachten, den der Staat nach Art. 6 Abs. 1 GG der Familie schuldet“. BVerfGE 82, 60 ff. behandelt auf S. 81 nur

die Förderpflicht aus Art. 6 Abs. 1 GG, dann auf S. 82 den Art. 3 Abs. 1 GG ohne jede Bezugnahme auf Art. 6 GG; in anderem Zusammenhang wird später (S. 86) allerdings zu Art. 3 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab verlangt, dass dabei „die in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltene Grundsatzentscheidung für den Schutz der Familie mit zu beachten ist.“

Dieser Ansatz entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG im Allgemeinen, die (unter anderem) dann verschärft werden, wenn eine zu prüfende Regelung den Anwendungsbereich eines anderen Grundrechts berührt;

Vgl. zuletzt etwa BVerfGE 129, 49 (69); BVerfGE 132, 179 (189); zur diesbezüglichen Rechtsprechung allgemein näher *Sachs*, in: Stern, Bd. IV/2, a.a.O., S. 1535 ff. m.w.N.

dies gilt namentlich auch für Grundrechtspositionen aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG.

Vgl. zu beidem etwa BVerfGE 127, 263 (281); zu strengeren Anforderungen bei Regelungen mit Auswirkungen auf Art. 6 Abs. 1 GG vgl. BVerfGE 111, 176 (184) sowie die bei *Sachs*, in: Stern, Bd. IV/2, a.a.O., S. 1536 mit Fn. 575, genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

Daher wird den weiteren Überlegungen dieser Ansatz zugrunde gelegt, nach dem Art. 3 Abs. 1 GG den maßgeblichen Prüfungsmaßstab bildet.

Als maßstabsverschärfend berührte Grundrechtsposition ist mit Rücksicht auf § 4a Abs. 1 Nr. 1 i. V. mit § 1 Abs. 1 Nr. 2 BEEG, der den Anspruch davon abhängig macht, dass der Betreffende „mit *seinem* Kind in einem Haushalt lebt“,

Hervorhebung nicht im Gesetzestext.

das in diesem Fall einschlägige Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG zu berücksichtigen.

So auch BVerfGE 130, 240 (254 f.).

Allerdings erfolgt die Maßstabsbildung für die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur anhand der für Verschärfungen relevanten Aspekte der Berührung anderer Grundrechte und des hier nicht einschlägigen Bezugs auf eng personenbezogene Merkmale, sondern hängt zugleich gegenläufig davon ab, um welche Art von Regelung in welchem Lebensbereich es geht.

Auch dazu allgemein nur *Sachs*, in: Stern, a.a.O., Bd. IV/2, S. 1531 ff. m.w.N. insbesondere zur Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.

So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem schon erwähnten Beschluss zum BayL.ErzGG gegenüber der durch die Berührung von Art. 6 Abs. 2 GG angezeigten Verschärfung der Maßstäbe über das bloße Willkürverbot hinaus mit Rücksicht auf

den Gegenstand der Regelung angenommen, dass „sich daraus angesichts des freiwilligen Charakters der staatlichen Leistung noch keine besonders strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ergeben“.

BVerfGE 130, 240 (255), unter Bezugnahme auf BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 09.11.2011, - 1 BvR 1853/11 - juris Rdn. 11 = NJW 2012, 214, wo „im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personengruppen grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum“ anerkannt wurde.

Ungeachtet der Berührung von Art. 6 Abs. 1, 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht auch vorher schon wiederholt anerkannt, dass der gesetzgeberische „Gestaltungsspielraum auch hinsichtlich der Ausgestaltung der Familienförderung“ weit ist.

BVerfG (K), NJW 2012, 214 Rdn. 13 a.E.; von den dort angeführten Präjudizien behandelt BVerfG (K), Beschluss vom 09.11.2011, - 1 BvR 1811/08 -, BeckRS 2011, 50152, den Gestaltungsspielraum bei der Familienförderung zu Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt (Rdn. 8), und zwar dann zu Art. 6 Abs. 1 GG; im Präjudiz BVerfGE 87, 1 (35 f.), findet sich der Hinweis auf die Ausgestaltungsfreiheit beim Familienlastenausgleich zu Art. 6 Abs. 1 GG, vor dem Übergang zu Art. 3 Abs. 1 GG; so auch im Präjudiz BVerfGE 103, 242 (260).

Insgesamt ist daher nicht von „besonders strengen Anforderungen“ auszugehen, die aber doch weiter gehen als beim „bloßen Willkürverbot“.

3. Vereinbarkeit von § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG mit Art. 3 Abs. 1 GG

Bei der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes fragt das Bundesverfassungsgericht – jedenfalls wenn es über das Willkürverbot hinausgehende Maßstäbe anlegt – danach, ob zwischen Gruppen von Normadressaten oder Normbetroffenen und in Frage kommenden Vergleichsgruppen „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können“.

Zuletzt BVerfGE 130, 240 (253) m.w.N.; BVerfGE 131, 239 (256); BVerfGE 132, 72 Rdn. 21; BVerfGE 133, 1 Rdn. 44; BVerfGE 133, 59 Rdn. 72; BVerfGE 133, 377 Rdn. 76.

Die Frage nach den Unterschieden wird dabei vielfach mit der nach der Wahrung von hier nach dem (oben 2) Gesagten nicht „besonders strengen“, aber doch „strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen“

BVerfGE 130, 240 (254) m.w.N.; BVerfGE 131, 239 (255 f.); BVerfGE 132, 72 Rdn. 21; BVerfGE 133, 1 Rdn. 44; BVerfGE 133, 59 Rdn. 72; ganz ähnlich auch BVerfGE 133, 377 Rdn. 74 (zu einer „strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse“; ausführliche Nachweise zur früheren Judikatur bei *Sachs*, in: Stern, a.a.O., S. 1537 f., dort auch zu unterschiedlichen Deutungen der „Verhältnismäßigkeitserfordernisse“ und zu Bedenken gegen deren Verwendung schon auf der tatbestandlichen Ebene der Feststellung eines Eingriffs in das Gleichheitsgrundrecht und nicht erst, wie bei anderen Grundrechten auch, bei dessen Rechtfertigung, etwa in Fällen der das eigentlich Gemeinte nur ungenau treffenden und damit prima facie gleichheitswidrigen Typisierungen, s. ebda., S. 1568 ff.; in diesem Sinne auch *Gabriele Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S. 40 ff.

verschmolzen; insoweit werden im Zusammenhang mit den festzustellenden Unterschieden der Vergleichsgruppen mit dem Gesetz verfolgte Ziele und zumal die Eignung der Regelung bzw. der in ihr verwendeten Differenzierungskriterien,

Speziell auf diese abstellend BVerfGE 132, 72 Rdn. 27: „Die vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungskriterien bestimmen den Kreis der Leistungsberechtigten aber jedenfalls nicht in geeigneter Weise.“ Ähnlich BVerfGE 130, 240 (258): Bezogen auf die etwa angestrebte Verhinderung von Mitnahmeeffekten „wäre die Staatsangehörigkeit kein geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Ziels“; ähnlich wird ebda, S. 257, für das Ziel, „eine Förderung auf Personen zu begrenzen, die dauerhaft in Bayern leben werden“, festgestellt, das Kriterium der Staatsangehörigkeit sei „weder darauf gerichtet noch [...] geeignet, den Personenkreis zu erfassen, der voraussichtlich dauerhaft in Bayern ansässig sein wird.“

diese Ziele zu erreichen, berücksichtigt.

Damit geht es letztlich vor allem darum, ob die Regelung auf Unterschiede Bezug nimmt, die im jeweiligen Zusammenhang sachlich überzeugen (unten a), und ob die Abgrenzung des Kreises der Adressaten oder Betroffenen nach einem Kriterium erfolgt, das diese Unterschiede auch abbildet (unten b).

a) Überzeugende Unterschiede (legitimes Ziel)

Das Betreuungsgeld wird nach § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG nur einer Person gewährt, die für ihre eigenen bzw. für die ihnen nach §§ 4a Abs. 1 Nr. 1 i. V. mit § 1 BEEG sonst zugeordneten Kinder „keine Leistungen nach § 24 Absatz 2 in Verbindung mit den §§ 22 bis 23 des Achten Buches Sozialgesetzbuch in Anspruch nimmt.“ Die Gründe, warum sie dies nicht tut, und die Formen der Betreuung, die sie stattdessen dem Kind angedeihen lässt, bleiben außer Betracht.

aa) Anderweitige Förderung der Betreuung und ihr Fehlen

Den Grund, warum nur diese Eltern

Der Begriff sei hier und im Folgenden im weiteren Sinne aller nach §§ 4a Abs. 1 Nr. 1 i. V. mit § 1 BEEG wegen ihrer Beziehung zu den kleinen Kindern als anspruchsberechtigt in Frage kommenden Personen verstanden, auch wenn sie weder biologische noch rechtliche Eltern sind.

das Betreuungsgeld erhalten sollen, spricht der Entwurf des Betreuungsgeldgesetzes der Fraktionen der CDU / CSU und FDP mit großer Deutlichkeit aus. Das Gesetz soll im Rahmen der im Entwurf ausdrücklich anerkannten, im Förderauftrag des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG fundierten „Aufgabe staatlicher Familienförderung, alle Formen der Kleinkindbetreuung zu unterstützen“,

BT-Dr. 17/9917, S. 7.

die im Verhältnis zu den erheblichen Aufwendungen, mit denen der Staat die Angebote frühkindlicher Betreuung, die nach § 24 Abs. 2 in Verbindung mit den §§ 22 bis 23 SGB VIII beansprucht werden können, fördert, „verbliebene Förderlücke für Eltern, die keinen öffentlich geförderten Betreuungsplatz in Anspruch nehmen“, schließen.

BT-Dr. 17/9917, S. 7.

Der vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Unterschied zwischen den Eltern, die das Betreuungsgeld beanspruchen können, und denen, die davon ausgeschlossen bleiben, besteht also darin, dass die nicht in die Begünstigung einbezogene Elterngruppe schon durch die Inanspruchnahme der frühkindlichen Förderung nach § 24 Abs. 2 SGB VIII in den Genuss einer staatlichen Förderung kommt. Bezogen auf das Differenzierungsziel geht es darum, dass die bereits durch diese Förderung begünstigten Eltern keine darüber hinaus gehende zusätzliche Förderung durch das Betreuungsgeld erhalten sollen.

bb) Einwände des Antragstellers

Der Antragsteller unternimmt mit verschiedenen Argumenten den Versuch, die Relevanz des Unterschieds, an den § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG anknüpft, in Frage zu stellen. Seine Einwände greifen indes nicht durch.

So stellt und verneint er die Frage, ob sich durch die Nutzung der Option frühkindlicher Betreuung nach § 24 Abs. 2 SGB VIII ein monetäres

Subventionsgefälle gegenüber den Eltern ergibt, die sich gegen die Inanspruchnahme eines Betreuungsplatzes entscheiden. Zugleich geht er allerdings davon aus, dass „staatliche Aufwendungen für die Vorhaltung einer bedarfsgerechten Betreuungsinfrastruktur [...] unbestreitbare Vorteile“ begründen. Die Schlussfolgerung, diese Vorteile gäben „keinen plausiblen Anlass für eine Ausgleichszahlung an die Nicht-Nutzer der öffentlichen Einrichtung“,

Alle Zitate aus der Antragsschrift, S. 32 oben.

ist offenbar dahingehend zu verstehen, dass über den Begriff der „Ausgleichszahlung“ das Betreuungsgeld als eine Art Gegenleistung für die Nichtinanspruchnahme der frühkindlichen Förderung nach § 24 Abs. 2 SGB VIII eingeordnet wird.

Hierzu schon unter Kompetenzgesichtspunkten bezüglich des Fürsorgebezugs oben B I 2 b aa; s. insoweit auch die Zusammenfassung der Antragsschrift, S. 2: Zahlung „im Gegenzug“ oder „für die Nichtinanspruchnahme“.

Der Gesetzgeber des Betreuungsgeldgesetzes geht von einer prinzipiell bei allen Familien mit kleinen Kindern bestehenden Fürsorgesituation aus (dazu oben B I 2 b aa) und war dementsprechend bestrebt, sie alle zu unterstützen, und diejenigen, die eine bestimmte, ihnen angebotene Form der Unterstützung bei der Betreuung im Rahmen ihrer grundrechtsgeschützten Wahlfreiheit nicht nutzen, auf andere Weise zu fördern.

Der Vergleich mit der Situation von Nutzern und Nichtnutzern öffentlich subventionierter Bibliotheken oder Theater,

Antragsschrift, S. 32 oben.

wird – sofern dieser aus der politischen Debatte über das Betreuungsgeld entnommene Einwand überhaupt als juristisches Argument gemeint sein sollte – wohl im Sinne eines argumentum ad absurdum bemüht. Dies kann verfassungsrechtlich vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG nicht überzeugen, weil in diesem Zusammenhang bei den Nicht-Nutzern – anders als bei den Eltern in jedem Fall betreuungsbedürftiger kleiner Kinder – im Ausgangspunkt keine Bedarfssituation besteht, der durch anderweitige Förderung begegnet werden müsste.

Ergänzend meint der Antragsteller, dass „die Ausgestaltung der Leistungsberechtigung auch nicht der Logik des Ausgleichszwecks entspricht, auf den die Gesetzesbegründung besonders abhebt“.

Antragsschrift, S. 32 Mitte.

Tatsächlich findet sich der Begriff des „Ausgleichszwecks“ oder des „Ausgleichs“ in der Gesetzesbegründung nicht. Wenn dort ausgeführt wird, das Betreuungsgeldgesetz solle eine „Förderlücke [...] schließen“, ist damit nach Ansicht der den Gesetzentwurf einbringenden damaligen Regierungsfractionen nur gemeint, dass die „Eltern, die keinen öffentlich geförderten Betreuungsplatz in Anspruch nehmen“,

BT-Dr. 17/9917, S. 7.

nicht mehr von *jeder* staatlichen Förderung ausgegrenzt sein sollen. Den Anspruch, mit dem Betreuungsgeld die den Eltern, die die Betreuungsangebote im Rahmen des § 24 Abs. 2 SGB VIII nutzen, entstehenden Vorteile mehr oder weniger exakt auszugleichen, oder, aus der staatlichen Sicht betrachtet, über das Betreuungsgeld ebenso hohe Förderungsleistungen je Kind zu erbringen wie für die im Rahmen des § 24 Abs. 2 SGB VIII betreuten Kinder, verfolgt das Betreuungsgeld nicht.

Der Antragsteller erkennt dies anhand der angesprochenen „Modalitäten der Ausgestaltung“ des Betreuungsgeldes selbst, nimmt auch zutreffend an, dass diese vielmehr „auf die mit ‚Anerkennung‘ beschriebene Funktion der Leistung“ hinweisen.

Antragsschrift, S. 32 unten.

Er will für diese bereits (oben B I 2 b bb) als Teil der gesetzlichen Zielsetzung dargestellte Funktion allerdings den gesetzgeberischen Spielraum einengen, und zwar dahin, dass „eine staatliche Anerkennung [...] mit Leistungen der Familienförderung nur verbunden werden [dürfe], wenn und soweit hierdurch die Entscheidungsfreiheit der Familien in Bezug auf die Kinderbetreuung geachtet oder sogar gefördert wird.“ Den Staat treffe insoweit ein „Neutralitätsgebot.“

Antragsschrift, S. 33 oben.

Die Annahme der Verletzung eines vom Antragsteller angenommenen derartigen Neutralitätsgebots durch das Betreuungsgeld vermag indes – selbst wenn man unterstellen würde, es gäbe ein solches – nicht zu überzeugen, weil es ja, wie schon ausführlich dargelegt, gerade das Kernanliegen des damaligen Gesetzgebers war,

auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG die Wahlfreiheit der Eltern hinsichtlich der Form der Kinderbetreuung zu stärken.

Hierzu BVerfGE 99, 216 (231): „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.“ Zur Freiheit der Entscheidung über die Rollenverteilung in der Ehe etwa auch BVerfGE 124, 199 (229); auch BVerfGE 105, 313 (345) m.w.N. zur freien „Ausgestaltung ihres Zusammenlebens“.

Das Betreuungsgeldgesetz hat auf eine solche, eventuell als „nicht neutral“ bedenkliche Verengung der Förderung gerade verzichtet, sondern im Gegenteil die Unterstützung in den Fällen der Nutzung frühkindlicher Förderung nach § 24 Abs. 2 SGB VIII ergänzt durch eine Förderung in den übrigen Fällen.

Die Einwände des Antragstellers gegen die Härtefallklausel des § 4a Abs. 2 BEEG, die den Anspruch in den dort genannten Fällen trotz einer begrenzten Nutzung frühkindlicher Förderung nach § 24 Abs. 2 SGB VIII durchgreifen lassen, richten sich dagegen, dass „andere, [...] ebenfalls besonders belastende Betreuungskonstellationen [...] nicht berücksichtigt“ werden.

Antragsschrift, S. 33 Mitte – 35.

Sie betreffen damit nicht die Grundregelung des § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG, sondern allenfalls die Vereinbarkeit der in § 4a Abs. 2 BEEG getroffenen Abgrenzung der Härtefälle mit dem Gleichheitssatz, die aber wohl als solche nicht selbstständig angegriffen wird. Die Rüge, dass das Betreuungsgeld nicht „(auch) für die Zeit ab dem vierten Lebensjahr“ gewährt wird,

Antragsschrift, S. 33 vorletzter Absatz.

betrifft gleichfalls nicht die Differenzierung des § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG innerhalb der für ein- bis dreijährige Kinder getroffenen Betreuungsgeldregelung, sondern die zwischen den bis zu dreijährigen und den älteren Kindern. Auch insoweit soll aber wohl nicht wirklich ein Gleichheitsverstoß behauptet werden. Jedenfalls scheint diese Differenzierung schon durch die unterschiedliche Belastung der Familien durch den mit zunehmendem Alter des Kindes veränderten Bedarf an Betreuung legitimiert.

Der Antragsteller rügt weiterhin die fehlende Konsistenz im Hinblick auf den Gegenstand der mit dem Betreuungsgeld verbundenen Anerkennung der selbstständigen elterlichen Betreuungsbewältigung.

Antragsschrift, S. 33 f.

In der Tat ist der Anspruch auf das Betreuungsgeld vom Gesetzgeber des Betreuungsgeldgesetzes bewusst nicht von der Art abhängig gemacht, in der die Eltern die Betreuung ihrer kleinen Kinder bewältigen, ohne auf frühkindliche Förderung für ein- bis dreijährige Kinder nach § 24 Abs. 2 SGB VIII zurückzugreifen. Das Betreuungsgeld soll demnach den selbstbetreuenden Eltern den durch das Elterngeld eröffneten „Schonraum“ verlängern und gleichzeitig den Eltern, die andere Betreuungslösungen außerhalb der Leistungen nach § 24 Abs. 2 SGB VIII wählen, die damit eventuell verbundenen Belastungen wirtschaftlich abzufedern helfen.

Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Dr. 17/9917, S. 8 linke Spalte: „Es wird die ökonomische Grundlage für eine selbstbestimmte Entscheidung über die Art der Betreuung von Kindern verbessert und damit die Wahlfreiheit gefördert.“

Diese inhaltliche Offenheit des Förderzweckes liegt bewusst in dem Konzept der „Wahlfreiheit“ des damaligen Gesetzgebers begründet; auf der Grundlage dieses Konzeptes liegt jedenfalls keine Inkonsistenz des Gesetzes vor.

Wenn der Antragsteller auf die „mögliche Erwägung“ abstellt, „es gelte die Betreuung ohne Zuhilfenahme des Anspruchs auf frühkindliche Förderung nach § 24 Abs. 2 SGB VIII in Tageseinrichtungen oder Tagespflege (ggf. unter Verzicht auf ein zweites Erwerbseinkommen) als gegenüber der institutionellen Förderung und Betreuung höherwertige zu stärken“,

Antragsschrift, S. 35 Mitte (Hervorhebung im Original)

ist die insoweit als „mögliche Erwägung“ unterstellte Zielsetzung spekulativ und den Gegebenheiten nicht entsprechend. Sie wird im Übrigen kaum dem vergleichsweise weit geringeren Finanzaufwand gerecht, den der Staat für das Betreuungsgeld im Vergleich zu den Kosten für die Förderung der Betreuungsangebote nach § 24 Abs. 2 SGB VIII leistet.

Während für das Betreuungsgeld für ein Kind pro Monat lediglich 150 Euro (§ 4b BEEG) bzw. bis zum 31.07.2014 nur 100 Euro (§ 27 Abs. 3 Satz 2 BEEG) aufzuwenden sind, belaufen sich die staatlichen Aufwendungen für Betreuungsangebote nach § 24 Abs. 2 SGB VIII kalkulatorisch auf etwa 888 Euro für ein Kind pro Monat, was sich aus dem Bundeszuschuss von 2.452 Euro jährlich pro Platz bei einem Bundeszuschuss von 23% zu den Gesamtbetriebskosten errechnet (diese Angaben liegen dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur zusätzlichen Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen

und in Kindertagespflege, BT-Dr. 17/12057, S. 8 rechte Spalte oben bzw. S. 11 linke Spalte Mitte, zugrunde).

Eine Zielsetzung des Betreuungsgeldes in die Richtung, die Eltern einseitig dahin zu steuern, auf ein zweites Erwerbseinkommen zu verzichten, oder gar dem entsprechende Auswirkungen in der Lebenswirklichkeit sind nicht intendiert und lassen sich nicht feststellen.

Der Antragsteller wendet weiterhin ein, dass „der erklärte Zweck der Stärkung von Wahlfreiheit [...] das Betreuungsgeld in der vorliegenden Form nicht zu legitimieren“ vermöge. Er rügt die „geschaffene Entgegensetzung und künstliche Trennung von öffentlich geförderter Betreuung und allen anderen Betreuungsformen“, weil sie „das Entscheidungsverhalten der Eltern und dessen institutionelle Rahmenbedingungen“ verkenne.

Antragsschrift, S. 35 unten.

Die Entgegensetzung und Trennung geförderter und nicht geförderter Betreuungsformen war der bei Erlass des Kinderförderungsgesetzes (durch § 16 Abs. 4, später 5 SGB VIII) konstatierte Ausgangsbefund der „Förderlücke“, die das Betreuungsgeld zu schließen versucht. Dass das Betreuungsgeld jedenfalls einen Beitrag dazu leistet, dieses Ungleichgewicht bei der Förderung verschiedener Formen der Kleinkinderbetreuung auszugleichen, kann auch der Antragsteller nicht bestreiten.

b) Abgrenzungsschärfe des Merkmals (oder Eignung des Mittels)

Probleme mit der Abgrenzungsschärfe des in § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG verwendeten Merkmals für die Kennzeichnung der vom Bezug des Betreuungsgeld ausgeschlossenen Eltern werden selbst vom Antragsteller nicht geltend gemacht.

Das Betreuungsgeldgesetz will mit dem verwendeten Abgrenzungsmerkmal – mit Rücksicht auf das Ziel, eine „Förderlücke“ im Hinblick gerade auf die zugunsten der Förderung nach dem SGB VIII aufgewendeten öffentlichen Mittel zu schließen und damit die Gesamtkonzeption dieses Gesetzes zu vervollständigen – eben genau die durch den Empfang *solcher* Leistungen bereits einmal geförderten Eltern von der (für sie zusätzlichen) Förderung durch das Betreuungsgeld ausschließen.

Mit dieser präzisen Fassung

Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss), BT-Dr. 17/11404, S. 14 rechte Spalte oben: „Die in Bezug genommenen Leistungen nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch sind gesetzlich definiert und abschließend bestimmt.“

weicht das Gesetz von der Entwurfsfassung des § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG ab, die jeden vom Betreuungsgeld ausschließen wollte, der *irgendeine* „dauerhaft durch öffentliche Sach- und Personalkostenzuschüsse geförderte Kinderbetreuung“ in Anspruch nahm, was nur „insbesondere“ für den Fall des § 24 Abs. 2 SGB VIII gelten sollte.

BT-Dr. 17/9917, S. 3; dazu schon oben 1.

Diese Änderung gegenüber der Entwurfsfassung war angezeigt, weil die Fälle der Kinderbetreuung zugute kommenden öffentlichen Förderung nicht präzise abschließend hätten erfasst werden können.

BT-Dr. 17/9917, S. 10, nennt beispielhaft: „öffentlich geförderte Betreuungseinrichtungen im Bereich der Universitäten und mit Mitteln des Europäischen Sozialfonds geförderte Plätze in betrieblichen Betreuungseinrichtungen.“

Die Fälle, in denen Betreuungsgeld auch neben der Nutzung auf sonstige, nicht von § 24 Abs. 2 SGB VIII erfasste Weise öffentlich geförderter Kinderbetreuung beansprucht werden kann, sind angesichts der Vielzahl von Förderungsmodalitäten nicht zuverlässig zu erfassen, wobei dieser Bereich zahlenmäßig gegenüber den von § 24 Abs. 2 SGB VIII erfassten Fällen kaum ins Gewicht fällt. Mithin ist die Gesetz gewordene Fassung des § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG als gerade im Bereich der Sozialleistungen zulässige Typisierung einzustufen

Zu den Anforderungen an typisierende Gesetzgebung namentlich in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zusammenfassend nur *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, a.a.O., S. 1568 ff. und 1575 f. insbesondere für das Sozialrecht.

Eine solche Typisierung kann nicht als Verletzung des Gleichheitssatzes qualifiziert werden.

Damit einher geht auch der spiegelbildliche Aspekt, dass die weitere Rüge des Antragstellers, dass Art. 3 Abs. 1 GG verletzt werde (jetzt ohne Verbindung mit anderen Grundrechten),

Antragsschrift, S. 37 bis 38; angesichts der Kürze des Abschnitts wird auf Einzelnachweise zu hieraus zitierten Textpassagen verzichtet.

weil „zwischen öffentlich geförderten Einrichtungen nach § 24 Abs. 2 i.V.m. §§ 22 bis 23 SGB VIII und anderen Einrichtungen“ dadurch gleichheitswidrig unterschieden werde, dass die Gewährung von Betreuungsgeld an die Anspruchsberechtigten „mittelbare wirtschaftliche Effekte zugunsten von Anbietern, die nicht § 24 Abs. 2 i.V.m. §§ 22-23 SGB VIII unterfallen“, entfalte, nicht durchgreift.

c) Ergebnis zu 3 und I

Die Einwände des Antragstellers gegen die Voraussetzung, die § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG für den Anspruch auf Betreuungsgeld aufstellt, begründen auch unter Berücksichtigung der berührten Grundrechtsbereiche des Art. 6 Abs. 1, 2 GG keine ernsthaften Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG.

II. Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1, 2 GG

Im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 GG kann dem Antragsteller insoweit zugestimmt werden, als er von einer „objektiven Grundentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG für die Freiheit der Familien bei der Gestaltung des Zusammenlebens ihrer Mitglieder“ und von dem „durch Art. 6 Abs. 2 GG gebotenen Respekt des Staates vor der Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung für die Erziehung der Kinder“ ausgeht.

Antragsschrift, S. 39 oben.

Diese Annahme entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die allerdings in diesem Zusammenhang nicht nur von einer womöglich eher diffusen „objektiven Grundentscheidung“ spricht, sondern klar von einem „Abwehrrecht“

BVerfGE 99, 216 (231).

bzw. „abwehrrechtlichen Verbürgungen“.

BVerfGE 130, 240 (241).

Das Betreuungsgeld ist gerade, wie bereits wiederholt dargelegt, nach der Konzeption des damaligen Gesetzgebers auf die Wahrung genau dieser Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG ausgerichtet. Es stellt keine verfassungsrechtlich unzulässige Einwirkung in die Wahlfreiheit der Eltern dar.

1. Voraussetzungen unzulässiger Einwirkung

Kriterien für die Relevanz von Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter im Allgemeinen sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wiederholt explizit angesprochen worden (unten a); speziell für die Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf die Kindererziehung finden sich weitere Ansätze hierzu (unten b).

a) Die Relevanz von Grundrechtsbeeinträchtigungen im Allgemeinen

Rechtfertigungsbedürftige Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Interessen sind nicht nur die sog. klassischen Eingriffe durch staatliche Imperative, von denen im hiesigen Zusammenhang von vornherein keine Rede sein kann; vielmehr ist seit langem anerkannt, dass der abwehrrechtliche Grundrechtsschutz auch gegenüber anderen Formen der Einwirkung der öffentlichen Gewalt auf grundrechtliche Schutzgegenstände durchgreift, bei denen oft von faktischen oder mittelbaren Einwirkungen gesprochen wird.

S. etwa in diesem Sinne BVerfGE 105, 279 (300f.); BVerfGE 110, 177 (191); BVerfGE 113, 63 (76); BVerfGE 116, 202 (222); BVerfGE 118, 1 (20).

aa) Eingriffsgleiche Maßnahmen im Allgemeinen

Allerdings sollen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht alle mittelbaren Folgen des Staatshandelns erfasst werden; vielmehr ist danach eine staatliche Maßnahme nur dann an betroffenen Grundrechten zu messen, wenn sie „sich nach der Zielsetzung und ihren Wirkungen als Ersatz für eine staatliche Maßnahme dar[stellt], die als Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne zu qualifizieren ist“;

BVerfGE 105, 279 (303) (im Hinblick auf staatliches Informationshandeln und die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes); ähnlich in entsprechendem Kontext auch BVerfGE 105, 252 (273); daran anschließend BVerfGE 110, 177 (191); BVerfGE 113, 63 (76); BVerfGE 116, 202 (222 f.) jeweils für gezielt angestrebte Vermittlung der Beeinträchtigungswirkung durch Dritte.

hierfür findet sich auch der Begriff des „funktionalen Äquivalents“

BVerfGE 105, 252 (273); BVerfGE 105, 279 (303); BVerfGE 116, 202 (222); BVerfGE 118, 1 (20); BVerfGE 120, 378 (406); zuletzt BVerfG, NVwZ 2014, 211 Rdn. 278, für die nachteiligen Veränderungen aufgrund des durch die Zulassung des Rahmenbetriebsplans angestoßenen Abwanderungsprozesses; für ein gegen Solarienbetreiber gerichtetes Verbot der Zulassung Minderjähriger diesen gegenüber BVerfG (K), NJW 2012, 1062 Rdn. 18.

In der gesetzlichen Erweiterung der Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen sah BVerfGE 125, 39 (78) nicht „das ‚funktionale Äquivalent‘ eines Eingriffs“ (gegenüber den großen Kirchen). Gegen ein funktionales Äquivalent eines Eingriffs auch BVerfGE 116, 135 (153) für negative Vergabeentscheidungen bei Unternehmen, für die praktisch nur der Staat als Auftraggeber in Betracht kommt. Ablehnend auch BVerfG (K), NVwZ 2007, 1168 (1169), mangels beabsichtigter Einwirkung auf bestimmte Berufe durch Energiesteuerpflicht für Biodiesel und Pflanzenöl.

oder der „eingriffsgleichen“ Maßnahme bzw. Wirkung einer Regelung.

BVerfGE 113, 63 (76); BVerfGE 118, 1 (20); BVerfGE 123, 90 (103, 110); BVerfG (K) NJW 2007, 2537 (2538); NVwZ 2009, 1486 (1487); vgl. etwa noch *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), a.a.O., vor Art. 1 Rdn. 86 m.w.N.

bb) Vermittlung durch den betroffenen Grundrechtsträger selbst

Für den hiesigen Kontext sind aus der Vielzahl faktischer und mittelbarer Einwirkungsvarianten des Staatshandelns auf die individuellen Grundrechtsgüter die Fälle einschlägig, in denen der Grundrechtsträger selbst mit seinem durch die staatliche Regelung ausgelösten eigenen Verhalten die Grundrechtsbeeinträchtigung vermittelt.

Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht eine gesetzliche Regelung als relevante, eingriffsgleiche Beeinträchtigung behandelt, die dem Grundrechtsträger „einen wirtschaftlich spürbaren Nachteil“ zufügte, um ihn gezielt zu einem bestimmten Verhalten in einem spezialgrundrechtlich geschützten Bereich zu veranlassen.

BVerfGE 110, 177 (191), zum Ausschluss der Hilfe zum Lebensunterhalt bei Wechsel des zugewiesenen Wohnorts bezogen auf Art. 11 GG. Für einen Fall, in dem „erheblicher wirtschaftlicher Druck“ vorlag, eine gesetzliche Anrechnungsmöglichkeit zu nutzen, offen lassend BVerfG (K) Beschluss vom 15.5.2007 - 1 BvR 866/07 -, Rdn. 32.

BVerfGE 113, 63 (76), zielt (von der Beeinflussung Dritter abgesehen) mit dem Schutz der Pressefreiheit „vor Einflußnahmen des Staates [...], insbesondere vor negativen oder positiven Sanktionen“ allgemein auch auf Steuerung des Verhaltens der Grundrechtsträger selbst, wie der Bezug auf BVerfGE 80, 124 (134) zeigt, wo ein „Abwehrrecht gegen die mit staatlichen Förderungsmaßnahmen verbundenen inhaltslenkenden Wirkungen“ angenommen und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG das Verbot für den Staat entnommen wird, „daß er den Inhalt der Meinungen oder die Tendenz von Presseerzeugnissen zum Förderungskriterium macht“

Ausreichende verhaltenssteuernde Wirkungen für eine eingriffsgleiche Maßnahme hat es jedenfalls für möglich gehalten, wenn „die Teilnahme an Versammlungen oder die Beteiligung an Bürgerinitiativen gezielt notiert“ werden.

BVerfGE 120, 378 (406) im Anschluss an BVerfGE 65, 1 (43), wobei offenbar an Befürchtungen der Betroffenen gedacht ist, aufgrund solcher Datensammlung später belastendem behördlichen Verhalten ausgesetzt zu sein, wobei hier nicht auch die Intention der Notierenden verlangt wird, dadurch von den beobachteten Aktivitäten abzuschrecken, weil der heimlichen, daher insoweit nicht verhaltenslenkenden Beobachtung sogar höhere Intensität beigemessen wurde.

Dagegen hat es eine „eingriffsgleiche Beeinträchtigung“ des Verbots von Namensketten bei Eheschließung auf die Berufsfreiheit verneint, weil von der gesetzlichen Regelung kein auch nur mittelbarer Zwang zu einer der eigenen Berufstätigkeit nachteiligen Festlegung des Ehenamens ausgegangen sei.

BVerfGE 123, 90 (110): „zumal es dem betroffenen Ehegatten unbenommen bleibt, keinen Ehenamen zu bestimmen und seinen bisherigen Namen weiterzuführen, oder bei Wahl eines Ehedoppelnamens jedenfalls als berufliche Bezeichnung unter seinem bisherigen Namen weiter aufzutreten.“

Diese Anforderungen dürften auch nicht dadurch zu umgehen sein, dass ein „Neutralitätsgebot“ verabsolutiert wird, das dann schon jedwedem Anreiz zu einem bestimmten Verhalten, den eine staatliche Förderung auslösen könnte, entgegenstehen würde.

So offenbar die Antragsschrift, S. 33; dazu schon oben I 3 a bb.

Auch bei Annahme einer „Pflicht zu umfassender Neutralität“ des Staates bei der Förderung der Familie im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 GG

So etwa *Yvonne Renner*, Familienlasten- oder Familienleistungsausgleich?, 2000, S. 72.

wird diese im Einklang mit der allgemeinen Dogmatik der relevanten Grundrechtsbeeinträchtigungen doch erst als verletzt anzusehen sein, wenn die „Förderung in Form von steuerlicher Vergünstigung oder sozialer Unterstützung [...] keinen Raum mehr läßt für eine freie Entscheidung der Eltern [...] und daher als Zwangswirkung“ erscheint.

So treffend *Renner*, a.a.O., S. 72, die dann S. 76 annimmt, eine Förderung könne erst „ab einer Beeinträchtigung [...] durch wirtschaftlich wirkenden Zwang verfassungswidrig sein“ und resümiert: „Zwischen bloßem Anreiz und Zwang liegt jedoch ein weiter Spielraum.“ Vgl. zum Elterngeld in Bezug auf Art. 6 GG entsprechend *Seiler*, a.a.O., NVwZ 2007, 132 („Insgesamt bedrängt das Elterngeld die Eltern nicht intensiv genug in ihrer unabhängig von staatlich eröffneten Vorteilen bestehenden Autonomie, um bereits als rechtfertigungsbedürftiger Freiheitseingriff qualifiziert zu werden.“); *Katarina Weilert*, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, 164 (166 – Hervorhebungen im Original: „Jedoch

reicht diese *Beeinflussung* nicht aus, um die Qualität eines ‚Eingriffs‘ zu erreichen.)“.

Selbst die besonders dezidiert für ein striktes Neutralitätsgebot eintretende Stimme im Schrifttum

Frauke Brosius-Gersdorf, Elterngeld und steuerliche Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten, JZ 2007, 326 (332).

erklärt es für „zweifelhaft“, dass die Regelungen des Elterngeldes „in ihrer Zielsetzung und Wirkung direkten Beschränkungen gleichkommen“, „als funktionales Äquivalent eines unmittelbar-finalen Eingriffs“ eingestuft werden können. Sie lässt aber unter Berufung auf die von ihr angenommene „*Neutralitätspflicht*“ dann, wenn „der Gesetzgeber zwischen verschiedenen Formen des ehelichen und familiären Zusammenlebens differenziert [...] vergleichsweise geringfügige Nachteile ausreichen, um sie als funktionales Äquivalent unmittelbar-finaler Eingriffe anzusehen“.

Dies bricht mit der allgemeinen Dogmatik der relevanten Grundrechtsbeeinträchtigungen, wie sie das Bundesverfassungsgericht bisher zugrunde legt und erscheint daher nicht überzeugend.

cc) Ergebnis zu a

Insgesamt lassen sich die Kriterien dafür, wann einem Staatshandeln eingriffsgleiche Qualität zukommt bzw. es als funktionales Äquivalent eines Eingriffs erscheint, anhand der diesbezüglichen Rechtsprechung zu ganz unterschiedlichen Fallgestaltungen nicht abschließend bestimmen.

Staatshandeln, durch das der Grundrechtsträger selbst ohne imperativen Zwang dazu veranlasst wird, seine Grundrechtsgüter zu beeinträchtigen bzw. die ihm zustehende Freiheit in einem bestimmten Sinne zu nutzen, wird am Ehesten als funktionales Äquivalent eines Eingriffs zu qualifizieren sein, wenn der Staat gezielt solchen Einfluss nehmen will und die von ihm gesetzten positiven oder negativen Anreize ein nicht unerhebliches Gewicht haben, dem sich die Betroffenen daher kaum entziehen können.

b) Beeinträchtigungen der Gestaltungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1, 2 GG

Zur Relevanz von Beeinträchtigungen der nach Art. 6 Abs. 1, 2 GG geschützten Gestaltungsfreiheit finden sich einschlägige Aussagen in zwei neueren Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Elterngeld.

Zur uneinheitlichen Einschätzung von Regelungen des BEEG im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG vgl. im Übrigen etwa *Ralf Müller-Terpitz*, Vätermonate und Kindergartenpflicht – wie viel Staat verträgt die Familie?, JZ 2006, 991 ff.; *Seiler*, a.a.O., NVwZ 2007, 129 ff.; *Dagmar Felix*, Das neue Elterngeld – ein probates Mittel im Kampf gegen den demografischen Wandel, RdJB 2008, 165 (173 ff.); *Buchner/ Becker*, a.a.O., vor §§ 1-14 BEEG Rdn. 9, 14; *Ulrich Becker*, Das neue Elterngeld, in: Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, 2009, S. 67 (76 ff.); *Frauke Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, S. 545 ff.; *Silvia Pernice-Warnke*, Elterngeld und Betreuungsgeld im Spannungsfeld zwischen verfassungsrechtlichem Familienschutz und Gleichberechtigung, FamRZ 2014, 263 ff., 268 f.

Zur Ausgestaltung des Elterngeldes als Einkommensersatzleistung wird im Kontext der bei Art. 3 Abs. 1 GG anzulegenden Maßstäbe zu Art. 6 Abs. 1, 2 GG betont, dass die Eltern „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 Kammer geht dann davon aus, diese Entscheidungen der Eltern seien „grundsätzlich durch entsprechende Ausgestaltung des Elterngelds oder ähnlicher Leistungen mittelbar beeinflussbar“, stellt dann aber fest: „Die hier allein zu überprüfende Bemessung des zwölfmonatigen Elterngelds nach dem bisherigen Erwerbseinkommen beeinflusst diese Entscheidungen jedoch allenfalls am Rande. Insbesondere hat die Regelung des § 2 Abs. 1 BEEG keine intensive Anreizwirkung für Doppelverdienerehen im Vergleich zu Einverdienerehen.“ Damit ergab sich insoweit kein Grund für verschärfte Gleichheitsanforderungen.

BVerfG (K), NJW 2012, 214 Rdn. 12.

Art. 6 Abs. 1, 2 GG wurde als nicht verletzt angesehen, weil die „gesetzgeberische Entscheidung, bei der Bemessung des Elterngelds an das bisherige Erwerbseinkommen anzuknüpfen, [...] von legitimen Zwecken getragen [sei].“ Ergänzend wird auf den weiten Gestaltungsspielraum hingewiesen, der dem Gesetzgeber bei der durch Art. 6 Abs. 1 und 2 GG gebotenen Familienförderung zusteht und den er nicht überschritten habe. Ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in

dieses Grundrecht wurde, offenbar mangels „intensiver Anreizwirkung“, nicht gesehen.

BVerfG (K), NJW 2012, 214 Rdn. 20.

Eine andere Kammerentscheidung behandelt einen „nachteiligen Effekt der Berücksichtigung der über die Bezugszeit des Elterngeldes hinausgehenden Elternzeit bei Bestimmung des nach § 2 Abs. 7 Satz 5 BEEG zugrunde zu legenden Zeitraums“ nur als (dann abgelehnte) mögliche Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG;

BVerfG (K), NJW 2011, 2869 Rdn. 5.

zu Art. 6 Abs. 1 GG spricht der Beschluss allgemein von der „Pflicht, die von den Eltern im Dienst des Kindeswohls getroffenen Entscheidungen anzuerkennen und daran keine benachteiligenden Rechtsfolgen zu knüpfen,“ sieht aber die zugrunde liegende abwehrrechtliche Funktion insbesondere hinsichtlich der Entscheidungsfreiheit über die Kinderbetreuung gar nicht betroffen. Eine etwaige Eingriffsäquivalenz der zuvor erwähnten nachteiligen Effekte wird gar nicht erst explizit angesprochen.

BVerfG (K), NJW 2011, 2869 Rdn. 9; zum Ganzen auch inhaltsgleich BVerfG (K), Beschluss vom 06.06.2011, – 1 BvR 1396/09 – (www.bverfg.de), Rdn. 5 bzw. 9. Auch BVerfG (K), Beschl. v. 26.3.2014, - 1 BvR 1133/12 - , Rdn. 19, 23 f., zieht dies mit Blick auf die unterschiedliche Vergütung professioneller Pflegeleistungen und häuslicher Pflege zumal durch Verwandte nicht in Betracht.

Dies bestätigt die allgemein an einen eingriffsgleichen Eingriff zu stellenden Anforderungen insoweit, als bei „Anreizwirkungen“ hinsichtlich der Betreuungsentscheidungen der Eltern verlangt wird, dass sie „intensiv“ sein müssen. Nicht explizit verlangt wird allerdings, dass ein solcher Anreiz auch gezielt erfolgen müsste.

c) Ergebnis zu 1

Nicht imperative staatliche Einwirkungen auf grundrechtsgeschützte Individualinteressen in ihren unterschiedlichen Formen werden vom Bundesverfassungsgericht an den Grundrechten gemessen, wenn sie eingriffsgleiche Qualität haben; deren Voraussetzungen sind nicht abschließend geklärt.

Bei durch das Verhalten des Grundrechtsträgers selbst vermittelten Einwirkungen wird eingriffsgleiche Qualität vor allem angenommen, wenn der Staat das Verhalten des Grundrechtsträgers gezielt beeinflusst und die verwendeten Anreize ein nicht unerhebliches Gewicht haben. Insbesondere Letzteres wird auch angenommen, wenn es um Einwirkungen auf die durch Art. 6 Abs. 1, 2 GG geschützte elterliche Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die Betreuung ihrer Kinder geht.

2. Keine eingriffsgleiche Beeinträchtigung durch das Betreuungsgeld

Die Gewährung von Betreuungsgeld stellt von vornherein keinen herkömmlichen, imperativen Eingriff in die Gestaltungsfreiheit der Eltern im Hinblick auf die Betreuung ihrer Kinder dar.

Dies wäre etwa der Fall bei gesetzlichen Verpflichtungen zur persönlichen Betreuung der eigenen Kinder oder umgekehrt dazu, ihre Betreuung Dritten oder bestimmten Einrichtungen zu überlassen.

Vielmehr sind die Eltern jedenfalls rechtlich frei, sich für jede beliebige Betreuungsvariante zu entscheiden. Auch die Antragsschrift stellt dies nicht in Frage.

Aber auch die Voraussetzungen für eine eingriffsgleiche Qualität, für die Eigenschaft als ein funktionales Äquivalent des klassischen Eingriffs, sind nicht gegeben.

Jedenfalls fehlt es beim Betreuungsgeld an der Zielsetzung, die Eltern zu einer bestimmten Betreuungsentscheidung zu veranlassen. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf das breite Spektrum der Wahlmöglichkeiten, die den Empfängern von Betreuungsgeld offen stehen, sondern auch bezüglich der allein den Anspruch auf Betreuungsgeld ausschließenden Variante der Betreuung im Rahmen der Angebote des § 24 Abs. 2 SGB VIII. Das Betreuungsgeld will erklärtermaßen nur der Förderlücke Rechnung tragen, die im Verhältnis der Eltern, die diese öffentlich geförderten Angebote nutzen, zu den sonstigen Eltern besteht, und damit auch deren elterliche Leistung würdigen; eine Intention, Eltern von der Inanspruchnahme der geförderten Angebote abzuhalten, besteht nicht. Ausdrücklich erklärt der Gesetzentwurf, jede Erziehungsleistung verdiene „hohe Wertschätzung, unabhängig davon, ob die Kinder privat oder in öffentlich geförderten Tageseinrichtungen oder Kindertagespflege betreut werden.“

BT-Dr. 17/9917, S. 1.

Die höchstens 22 Monate lang zu zahlende Summe von zunächst 100 Euro, ab August 2014 dann 150 Euro ist für eine etwa doch anzunehmende stillschweigende

Absicht des Gesetzgebers, entgegen seinen ausdrücklichen Bekundungen eine Lenkungswirkung im Sinne der Nichtinanspruchnahme der Betreuungsmöglichkeiten nach § 24 Abs. 2 SGB VIII anzustreben, schon in der Höhe nicht ausreichend.

Aus demselben Grunde kommt auch eine etwa trotz fehlender Zielgerichtetheit des Betreuungsgelds auf den genannten Effekt allein wegen der hohen Intensität der Einwirkung denkbare Eingriffsäquivalenz nicht in Betracht. Insoweit ist erneut auf die Einschätzung des von diversen Parametern abhängigen Entscheidungsverhaltens der Eltern durch den Antragsteller selbst zu verweisen, die eben nicht schlicht eine durch die Zahlung von 150 Euro im Monat womöglich entscheidend zu beeinflussende „Wahl zwischen einem geförderten und einem nicht geförderten Angebot“ darstellt.

Es ist nicht nachvollziehbar, wieso das Betreuungsgeld „die Übergänge von der familiären in die öffentlich geförderte Betreuung“ erschweren soll.

Antragsschrift S. 40 Mitte, wobei die „familiäre Betreuung“ im Rahmen der „strikten Entweder-/Oder-Ausgestaltung“ (des § 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG) offenbar das Spektrum aller Betreuungsformen meinen muss, die keine „öffentlich geförderte Betreuung“ (nach § 24 Abs. 2 SGB VIII) darstellen. Zudem liegt gerade keine „strikte Entweder-/Oder-Ausgestaltung“ vor, sondern ein flexibles Gesamtkonzept, da Eltern jederzeit zwischen der Inanspruchnahme von Betreuungsgeld und der Leistung nach § 24 Abs. 2 SGB VIII wechseln können.

3. Ergebnis zu II

Das Betreuungsgeld stellt, soweit es überhaupt das elterliche Verhalten beeinflusst, keine Einwirkung von einer Intensität dar, die zur Annahme einer eingriffsgleichen Verkürzung der durch Art. 6 Abs. 1, 2 GG geschützten elterlichen bzw. familiären Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf die Kinderbetreuung führen könnte.

III. Ergebnis zu C

§ 4a Abs. 1 Nr. 2 BEEG verstößt nicht gegen die Grundrechte des Grundgesetzes.

D. Gesamtergebnis

Das Betreuungsgeldgesetz ist verfassungsgemäß. Insbesondere ist es im Rahmen der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes erlassen und mit den Grundrechten vereinbar.

Köln, den 14. Mai 2014

Michael Juchs