

Prof. Dr. iur. Thorsten Kingreen

Agnes-Miegel-Weg 10, 93055 Regensburg Tel.: 0941-7040241 e-mail: king@jura.uni-regensburg.de

Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 2 und 4 Bundeselterngeldgesetz (BEEG)

Rechtsgutachten
im Auftrag der
Ökologisch-Demokratischen Partei (ÖDP)

von

Universitätsprofessor Dr. Thorsten Kingreen
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht
Universität Regensburg

Dezember 2010

Inhaltsübersicht

Teil 1: Rechtsgrundlagen	4
A. Anspruchsberechtigter Personenkreis, § 1 BEEG.....	4
B. Höhe des Elterngeldes, §§ 2, 3 BEEG.....	5
C. Bezugszeitraum, § 4 BEEG.....	7
Teil 2: Anhängige Verfahren	8
A. Almut Bauke ./ Land Rheinland-Pfalz.....	8
B. Waltraud Herrmann ./ Freistaat Bayern.....	8
C. Heike Kölbl ./ Freistaat Bayern.....	9
D. Stephanie Limmer ./ Freistaat Bayern.....	9
E. Sabine Mayerhofer ./ Freistaat Bayern.....	10
F. Ute Serbe ./ Freistaat Thüringen.....	10
Teil 3: Rechtliche Würdigung	11
A. Das ehe- und familienbezogene Neutralitätsgebot.....	12
I. Die grundrechtlichen Maßstäbe.....	12
1. Art. 6 Abs. 1 GG.....	12
a) Art. 6 Abs. 1 GG als Eingriffsabwehrrecht.....	13
b) Art. 6 Abs. 1 GG als objektive Wertentscheidung.....	15
2. Art. 3 Abs. 1 GG.....	16
II. Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts.....	18
1. BVerfGE 6, 55.....	18
2. BVerfGE 21, 329.....	19
3. BVerfGE 87, 234.....	20
4. BVerfGE 99, 216.....	20
5. BVerfGE 105, 1.....	22
6. BVerfGE 107, 27.....	23
III. Zusammenfassung: Die verfassungsrechtliche Struktur des ehe- und familien- bezogenen Neutralitätsgebots.....	25
1. Schutzbereich.....	25
2. Beeinträchtigungen.....	26

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	27
B. Vereinbarkeit der §§ 2 und 4 BEEG mit Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG.....	30
I. Beeinträchtigungen.....	30
1. Ungleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 GG.....	30
a) Oberbegriff.....	30
b) Differenzierungskriterium.....	31
2. Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG.....	33
a) Das Leitbild der erwerbsarbeitsorientierten Erziehung.....	33
b) Abweichende Entwürfe elterlicher Aufgabenverteilung.....	36
aa) Mehrkindfamilien.....	36
bb) Junge Eltern.....	37
c) Vergleich mit den Leistungen nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz.....	38
d) Steuerungsanspruch der §§ 2 und 4 BEEG.....	41
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	43
1. Legitimes Ziel.....	44
2. Geeignetheit.....	48
3. Erforderlichkeit.....	50
4. Angemessenheit.....	51
a) Konkretisierungen: Folgerichtigkeit und Sachgesetzlichkeit.....	51
b) Sachgesetzlichkeiten im Sozialrecht.....	52
aa) Das Recht der Entgeltersatzleistungen.....	53
bb) Legitimation des Systemwechsels.....	56
(1) Das Elterngeld in der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung.....	57
(2) Rechtfertigungsbedürftigkeit steuerfinanzierter Sozialleistungen.....	60
C. Ergebnisse.....	63
I. Verfassungsrechtliche Maßstäbe.....	63
II. Verfassungswidrigkeit der §§ 2 und 4 BEEG.....	64

Das am 1. 1. 2007 in Kraft getretene „Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG)“ vom 5. 12. 2006¹ führt mit dem Elterngeld eine neue Sozialleistung ein, die an die Stelle des früheren Erziehungsgeldes getreten ist (dazu nachfolgend Teil 1). Sie ist grundsätzlich als Entgeltersatzleistung konzipiert: Die Höhe des Elterngeldes bemisst sich nach der Höhe des Einkommens, das durch die Kindererziehung entfällt, und die Bezugsdauer hängt davon ab, ob vor der Geburt ein Erwerbseinkommen erzielt wurde. Gegen diese einkommensbezogene Staffelung des Elterngeldes sind mehrere Klagen anhängig (dazu Teil 2). Das Rechtsgutachten behandelt die damit zusammenhängenden verfassungsrechtlichen Fragestellungen (Teil 3).

Teil 1: Rechtsgrundlagen

Die für die verfassungsrechtliche Prüfung relevanten Bestimmungen finden sich in den §§ 1-4 BEEG, in denen der anspruchsberechtigte Personenkreis (dazu A.) sowie die Höhe (B.) und der Bezugszeitraum (C.) des Elterngeldes bestimmt werden.

A. Anspruchsberechtigter Personenkreis, § 1 BEEG

Gemäß § 1 Abs. 1 BEEG hat Anspruch auf Elterngeld, wer

1. einen Wohnsitz oder einen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat,

§ 1 Abs. 2 BEEG enthält Anspruchsausweitungen für aus bestimmten Gründen im Ausland lebende Berechtigte. Einschränkungen gelten nach § 1 Abs. 7 BEEG für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer und Ausländerinnen.

2. mit seinem Kind in einem Haushalt lebt,

§ 1 Abs. 3 BEEG erfasst neben den Eltern weitere dauerhafte oder auf Dauer angelegte Beziehungen zum Kind.

¹ BGBl. I S. 2748.

3. dieses Kind selbst betreut und erzieht und

Ausnahmen von der Notwendigkeit der Betreuung und Erziehung durch den/die Anspruchsberechtigte(n) selbst enthalten § 1 Abs. 4 BEEG (Verhinderung wegen Krankheit, Schwerbehinderung, Tod der Eltern) und § 1 Abs. 5 BEEG (verzögerte Aufnahme oder Unterbrechung aus wichtigem Grund).

4. keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt.

Nach § 1 Abs. 6 BEEG ist eine Person nicht voll erwerbstätig, wenn ihre wöchentliche Arbeitszeit 30 Wochenstunden nicht übersteigt, sie eine Beschäftigung zur Berufsausbildung ausübt oder sie eine geeignete Tagespflegeperson im Sinne von des § 23 SGB VIII ist und nicht mehr als fünf Kinder in Tagespflege betreut.

B. Höhe des Elterngeldes, §§ 2, 3 BEEG

Das Elterngeld ist prinzipiell als Entgeltersatzleistung konzipiert, d. h. es hat die Funktion, die durch den Verlust der Erwerbsmöglichkeit auftretenden Einkommensverluste auszugleichen: Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 BEEG wird daher Elterngeld in Höhe von 67% des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1800 Euro monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechtigte Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt hat. Nur ausnahmsweise ist ein anderer Zeitraum als die 12 Monate vor der Geburt des Kindes maßgebend: Nach § 2 Abs. 7 S. 5 BEEG bleibt der Zeitraum eines vorangegangenen Elterngeldbezuges unberücksichtigt, d. h. es ist dann der Zeitraum vor diesem vorangegangenen Elterngeldbezug maßgebend. Ebenso werden nach § 2 Abs. 7 S. 6 BEEG diejenigen Monate, in denen Mutterschaftsgeld bezogen wird oder das Einkommen wegen einer maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückzuführenden Krankheit ganz oder teilweise weggefallen ist, nicht berücksichtigt.

Für die Ermittlung des relevanten Einkommens gilt im Einzelnen § 1 Abs. 1 S. 2 und Abs. 7-9 BEEG. Wird aus einer Erwerbstätigkeit von 30 Wochenstunden oder weniger ein Einkommen erzielt, das durchschnittlich geringer ist als das relevante Einkommen vor der Geburt (§ 2 Abs. 1 BEEG), so wird Elterngeld prozentual (also in der Regel 67%) nach Maßgabe des Unterschiedsbetrages zwischen dem vor und nach der Geburt erzielten Einkommen geleistet (§ 2 Abs. 3 BEEG).²

Es gibt mehrere Ausnahmen von dem Grundsatz, dass sich die Höhe des Elterngeldes nach dem Einkommen richtet, das aufgrund der Betreuung und Erziehung des Kindes entfällt. Das Elterngeld fungiert insoweit nicht als Entgeltersatzleistung, sondern als klassische, von der Bedürftigkeit abhängige Sozialleistung:

- So erhöht sich das Elterngeld in den Fällen, in denen das durchschnittliche erzielte Einkommen aus Erwerbstätigkeit vor der Geburt geringer als 1000 € war, schrittweise prozentual nach Maßgabe von § 2 Abs. 2 BEEG.
- Nach § 2 Abs. 4 S. 1 BEEG erhöht sich das Elterngeld um 10% und mindestens um 75 €, wenn die berechnete Person mit zwei Kindern, die das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, oder mit drei oder mehr Kindern, die das sechste Lebensjahr noch nicht vollendet haben, in einem Haushalt zusammenlebt.
- Ferner erhalten Personen, die vor der Geburt gar nicht erwerbstätig waren, nach § 2 Abs. 5 BEEG zumindest den Sockelbetrag von 300 €.
- Schließlich erhöht sich das Elterngeld bei Mehrlingsgeburten um je 300 € für das zweite und jedes weitere Kind (§ 2 Abs. 6 BEEG).

² Bei einer Erwerbstätigkeit von mehr als 30 Wochenstunden entfällt bereits die Anspruchsberechtigung, d. h. es wird auch dann kein Elterngeld geleistet, wenn das Einkommen nach der Geburt geringer ist als vor der Geburt.

Nach § 3 Abs. 1 BEEG sind Leistungen, die den durch die Schwangerschaft bedingten Erwerbsausfall ausgleichen (Mutterschaftsgeld, Fortzahlung von beamten- und soldatenrechtlichen Bezügen), anzurechnen.

C. Bezugszeitraum, § 4 BEEG

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 BEEG kann in der Zeit vom Tag der Geburt bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats Elterngeld bezogen werden.

Während § 4 Abs. 1 BEEG den möglichen Bezugszeitraum regelt, bestimmt § 4 Abs. 2 und 3 BEEG die Anspruchsdauer. Nach § 4 Abs. 2 S. 2 BEEG besteht Anspruch auf zwölf Monatsbeträge. Die Eltern haben aber Anspruch auf weitere zwei Monatsbeträge, wenn für zwei Monate eine Minderung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit erfolgt (§ 4 Abs. 2 S. 3 BEEG). Allerdings kann nach § 4 Abs. 3 S. 1 BEEG ein Elternteil höchstens für zwölf Monate Elterngeld beziehen, d. h. dass das Einkommen des anderen Elternteils für mindestens zwei Monate gemindert sein muss (§ 3 Abs. 2 S. 2 BEEG), um auch insoweit Elterngeld zu beziehen („Vätermonate“). Davon gibt es allerdings mehrere Rückausnahmen, insbesondere für Alleinerziehende, die einen Anspruch auf Elterngeld für die Dauer von 14 Monaten auch dann haben, wenn das Erwerbseinkommen des anderen Elternteils nicht gemindert ist (§ 4 Abs. 3 S. 4 Nr. 1 BEEG).

Teil 2: Anhängige Verfahren

Das Bundessozialgericht hat die Bemessung des Elterngeldes in zwei Urteilen für grundsätzlich verfassungsgemäß erklärt.³ Derzeit sind sechs anhängige Klagen bekannt, die eine verfassungsrechtliche Überprüfung dieser Rechtsprechung anstreben:

A. Almut Bauke ./ Land Rheinland-Pfalz

Die 1971 geborene Almut Bauke ist Mutter von fünf in den Jahren 1991, 1996, 2004, 2007 und 2009 geborenen Kindern. Sie beantragte Elterngeld im Hinblick auf ihr am 17. 5. 2007 geborenes Kind Johannes. In den 12 Monaten vor der Geburt des Kindes hat sie kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt. Mit Bescheid vom 22. 7. 2007 ist ihr Elterngeld in Höhe des Mindestbetrages von 300 € bewilligt worden.

Die dagegen gerichtete Klage hat das SG Mainz mit Urteil vom 30. 10. 2009 abgewiesen.⁴ Über die Berufung beim LSG Rheinland-Pfalz ist noch nicht entschieden. Frau Bauke hat auch im Hinblick auf ihr 2009 geborenes Kind Klage gegen die Bemessung des Elterngeldes eingelegt. Das Verfahren ruht bis zur Entscheidung des Landessozialgerichts.

B. Waltraud Herrmann ./ Freistaat Bayern

Die 1966 geborene Waltraud Herrmann ist Mutter von vier in den Jahren 1997, 2000, 2003 und 2007 geborenen Kindern. Für ihre am 3. 3. 2007 geborene Tochter Tabea beantragte sie Elterngeld, das ihr – da sie in den 12 Monaten vor der Geburt des Kindes kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt hatte – in Höhe des Mindestbetrages von 300 € bewilligt wurde.

³ BSG, Urt. v. 19. 2. 2009 – B 10 EG 20/08 R (= NJOZ 2010, 1080); Urt. v. 25. 6. 2009 – B 10 EG 8/08 R (= NJW 2010, 1478).

⁴ SG Mainz, Urt. v. 30. 10. 2009 – S 4 EG 10/07.

Die dagegen gerichtete Klage hat das SG Nürnberg mit Urteil vom 2. 6. 2008 abgewiesen.⁵ Auch die Berufung beim LSG Bayern⁶ und die Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundessozialgericht⁷ blieben ohne Erfolg. Unterdessen hat Frau Herrmann Verfassungsbeschwerde eingelegt.

C. Heike Kölbl ./ Freistaat Bayern

Die 1978 geborene Heike Kölbl beantragte Elterngeld für ihr erstes, am 7. 7. 2007 geborenes Kind. In den 12 Monaten vor Geburt des Kindes hatte sie zunächst Einkünfte aus Erwerbseinkommen erzielt und sodann Arbeitslosengeld I bezogen. Ihr wurde, unter Anrechnung des bezogenen Mutterschaftsgeldes, Elterngeld in Höhe von 456,80 € monatlich gewährt.

Die dagegen gerichtete Klage hat das SG Regensburg mit Gerichtsbescheid vom 6. 2. 2009 abgewiesen.⁸ Die Berufung hat das LSG Bayern mit Urteil vom 13. 9. 2010 zurückgewiesen.⁹

D. Stephanie Limmer ./ Freistaat Bayern

Frau Limmer ist Mutter von zwei 2004 und 2007 geborenen Kindern. Sie beantragte im Hinblick auf ihr zweites, am 29. 8. 2007 geborenes Kind Elterngeld. Einkommen aus Erwerbstätigkeit hat sie in den 12 Monaten vor der Geburt nicht bezogen. Gegen die Bemessung des Elterngeldes (Mindestbetrag 300 €) klagte sie vor dem SG München, das am 14. 12. 2009 das Ruhen des Verfahrens angeordnet hat,¹⁰ um die Entscheidung der bereits beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfassungsbeschwerden¹¹ abzuwarten.

⁵ SG Nürnberg, Urt. v. 2. 6. 2008 – S 9 EG 36/07.

⁶ LSG Bayern, Urt. v. 24. 2. 2010 – L 12 EG 39/08.

⁷ BSG, Beschl. v. 13. 7. 2010 – B 10 EG 3/10 B.

⁸ SG Regensburg, GB v. 6. 2. 2009 – S 15 EG 15/08.

⁹ LSG Bayern, Urt. v. 13. 9. 2010 – L 12 EG 19/09.

¹⁰ SG München, Beschl. v. 14. 12. 2009 – S 33 EG 60/08.

¹¹ Es handelt sich um die Verfahren Herrmann (s. oben B.) und Mayerhofer (unten E.).

E. Sabine Mayerhofer ./ Freistaat Bayern

Die 1971 geborene Sabine Mayerhofer ist Mutter von vier 1999, 2001, 2004 und 2007 geborenen Kindern. Sie beantragte Elterngeld im Hinblick auf ihren am 6. 5. 2007 geborenen Sohn Laurenz. In den 12 Monaten vor der Geburt des Kindes bezog sie kein Arbeitseinkommen, das gewährte Elterngeld betrug daher 300 €.

Die gegen die Bemessung des Elterngeldes eingelegte Klage hat das SG München am 10. 7. 2008 abgewiesen.¹² Berufung¹³ und Nichtzulassungsbeschwerde¹⁴ blieben ohne Erfolg. Unterdessen ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden.

F. Ute Serbe ./ Freistaat Thüringen

Die 1966 geborene Ute Serbe ist Mutter zweier 1992 und 1994 geborener Kinder aus erster und weiterer drei 2003, 2005 und 2007 geborener Kinder aus zweiter Ehe. Ihr Antrag auf Elterngeld bezieht sich auf ihr am 22. 12. 2007 zur Welt gekommenes Kind Josefine. In den 12 Monaten vor der Geburt bezog Frau Serbe kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit. Das gewährte Elterngeld betrug daher 300 €.

Die dagegen gerichtete Klage hat das SG Altenburg mit Urteil vom 27. 10. 2010 abgewiesen.¹⁵ Gegen das Urteil ist Berufung zum LSG Thüringen eingelegt worden.

¹² SG München, Urt. v. 10. 7. 2008 – S 30 EG 117/07.

¹³ LSG Bayern, Urt. v. 24. 2. 2010 – L 12 EG 55/08.

¹⁴ BSG, Beschl. v. 25. 10. 2010 – B 10 EG 12/10 B.

¹⁵ SG Altenburg, Urt. v. 27. 10. 2010 – S 1 EG 3715/08.

Teil 3: Rechtliche Würdigung

Der Gesetzgeber begründet die Einführung des Elterngeldes mit veränderten Bedingungen für die Gründung von Familien und das Leben mit Kindern. Diese Veränderungen machten „eine Neuausrichtung familienpolitischer Leistungen und insbesondere eine passgenaue und nachhaltige Absicherung von Eltern und Kindern in der Frühphase der Familie nötig“. Im Mittelpunkt der „neuen“ Familienpolitik steht das Ziel, Berufstätigkeit und Familienleben miteinander in Einklang zu bringen. Das Elterngeld wird dementsprechend verstanden als Baustein „eines abgestimmten Dreiklangs familienpolitischer Leistungen, die auf die Verbesserung der Betreuungsinfrastruktur, eine familienbewusste Arbeitswelt und eine nachhaltige und gezielte finanzielle Stärkung von Familien ausgerichtet sind.“¹⁶ In dieser familienpolitischen Trias soll dem Elterngeld die Funktion zukommen, die durch die Geburt eines Kindes bedingten Einkommensausfälle zu kompensieren. Das Elterngeld fördert daher nicht alle Eltern gleichermaßen, sondern primär diejenigen, die in den 12 Monaten vor der Geburt eines Kindes ein Erwerbseinkommen erzielt haben, und unter diesen Eltern diejenigen in besonderer Weise, die in diesem Zeitraum ein hohes Einkommen (bis zur Kappungsgrenze) erzielt haben. In seinem Fokus stehen daher Eltern, die erwerbstätig sind und die Berufstätigkeit für die Betreuung und Erziehung der Kinder nur vorübergehend unterbrechen, hingegen nicht Eltern, die vor der Geburt des Kindes nicht erwerbstätig waren und/oder die Berufstätigkeit für einen längeren Zeitraum unterbrechen möchten. Diese selektive soziale Förderung wirft die Frage auf, ob der Gesetzgeber nicht in unzulässiger Weise auf partnerschaftliche und familiäre Entscheidungsprozesse Einfluss nimmt und Lebensentwürfe, die außerhalb seines Leitbildes stehen, in sachlich nicht zu rechtfertigender Weise diskriminiert. Verfassungsrechtlich relevant ist diese Fragestellung, weil das Bundesverfassungsgericht aus Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG ein ehe- und familienbezogenes Neutralitätsgebot ableitet, das die Wahlfreiheit der

¹⁶ BT-Drucks. 16/1889, S. 1f., vgl. ferner S. 14f.

Ehepartner und Familienangehörigen im Hinblick auf die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens sicherstellen soll. Im Folgenden werden zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen dieses Neutralitätsgebots gelegt (A.). Danach werden die elterngeldrechtlichen Regelungen unter besonderer Berücksichtigung der im 2. Teil skizzierten anhängigen Verfahren an diesen Maßstäben gemessen (B.).

A. Das ehe- und familienbezogene Neutralitätsgebot

I. Die grundrechtlichen Maßstäbe

Das ehe- und familienbezogene Neutralitätsgebot weist eine freiheitsrechtliche und eine gleichheitsrechtliche Komponente auf: Art. 6 Abs. 1 GG garantiert die Freiheit von Ehepartnern und Familienangehörigen zur Ausgestaltung ihres Zusammenlebens, insbesondere zur Aufteilung von Erwerbstätigkeit und Erziehungsaufgaben (näher dazu 1.). Art. 3 Abs. 1 GG verstärkt diese Freiheit durch das Verbot, die aus dieser Freiheit erwachsenden unterschiedlichen Formen von Ehe und Familie ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedlich zu behandeln (dazu 2.).

1. Art. 6 Abs. 1 GG

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur ein klassisches Eingriffsabwehrrecht, sondern auch eine Institutsgarantie, die den Gesetzgeber verpflichtet, Ehe und Familie als rechtlich geformte Gemeinschaften anzubieten, sowie eine objektive Wertentscheidung, die es dem Staat verbietet, Ehe und Familie zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen, und es ihm gebietet, diese vor Beeinträchtigungen durch

Dritte zu bewahren und darüber hinaus durch eigene Maßnahmen zu schützen.¹⁷ Von Bedeutung sind hier die Funktionen als Eingriffsabwehrrecht und als objektive Wertentscheidung:

a) Art. 6 Abs. 1 GG als Eingriffsabwehrrecht

Als Eingriffsabwehrrecht schützt Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie vor allen schädigenden, störenden oder sonst beeinträchtigenden staatlichen Maßnahmen.¹⁸ Das Grundrecht enthält in dieser klassischen freiheitsrechtlichen Funktion „ein Bekenntnis zur Freiheit der spezifischen Privatsphäre für Ehe und Familie“. Es konkretisiert damit eine „Leitidee unserer Verfassung: die grundsätzliche „Begrenztheit aller öffentlichen Gewalt in ihrer Einwirkungsmöglichkeit auf das freie Individuum“. Daraus folge die „Anerkennung einer Sphäre privater Lebensgestaltung, die staatlicher Einwirkung entzogen ist.“¹⁹

Art. 6 Abs. 1 GG schützt Ehe und Familie als „einen geschlossenen, gegen den Staat abgeschirmten und die Vielfalt rechtsstaatlicher Freiheit stützenden Autonomie- und Lebensbereich.“²⁰ Er gewährleistet die Freiheit, eine Ehe einzugehen²¹ und eine Familie zu gründen²² ebenso wie den Verzicht auf diese Lebensformen.²³ In einem umfassenden Sinne geschützt sind aber nicht nur diese „Gründungsakte“ (also das „Ob“ von Ehe und Familie), sondern auch das „Wie“, also das Leben in der Ehe und in der Familie, weshalb das Bundesverfassungsgericht stets die Freiheit der Ehegatten und der Familienmitglieder zur autonomen Ausgestaltung dieser Lebensbereiche hervorhebt.

Aus Art. 6 Abs. 1 GG folgt daher eine grundsätzliche *Wahlfreiheit* der Ehegatten und Familienangehörigen zur Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse und ein korrespondierendes staatsge-

¹⁷ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 6, 55 (71f.), vgl. etwa BVerfGE 105, 313 (342ff.).

¹⁸ BVerfGE 6, 55 (76); 55, 114 (126f.); 81, 1 (6).

¹⁹ Grundlegend BVerfGE 6, 55 (71).

²⁰ BVerwGE 91, 130 (134).

²¹ BVerfGE 29, 166 (175); 36, 146 (162); 105, 313 (342).

²² B. Pieroth, in: H.-D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 8.

²³ Sog. negative Freiheit, vgl. M. Burgi, in: K.-H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattslg., Art. 6 [2000] Rn. 24; T. Kingreen, Das Grundrecht von Ehe und Familie (Art. 6 I GG), Jura 1997, S. 401 (402); B. Pieroth, in: H.-D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 5. Für eine Ableitung der „negativen Freiheit“ aus Art. 2 Abs. 1 GG: BVerfGE 56, 363 (384).

richtetes Zurückhaltungsgebot:²⁴ Es steht „den Ehepartnern frei, ihre Ehe so zu führen, dass ein Ehepartner allein einer Berufstätigkeit nachgeht und der andere sich der Familienarbeit widmet, ebenso wie sie sich dafür entscheiden können, beide einen Beruf ganz oder teilweise auszuüben und sich die Hausarbeit und Kinderbetreuung zu teilen oder diese durch Dritte durchführen zu lassen.“²⁵ Dementsprechend muss „der Gesetzgeber, wenn er dem Gebot des Art. 6 Abs. 1 GG gerecht werden will, Regelungen vermeiden, die geeignet sind, in die freie Entscheidung der Ehegatten über ihre Aufgabenverteilung in der Ehe einzugreifen.“²⁶ Auch die Familie begreift das Bundesverfassungsgericht als „geschlossenen, eigenständigen Lebensbereich“, dessen Einheit und Selbstverantwortlichkeit der Staat zu respektieren und zu fördern hat. Insbesondere muss er die Freiheit der Familienmitglieder achten, „ihre Gemeinschaft nach innen in familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten“²⁷.

Als Eingriffsabwehrrecht schützt Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie allein um der Freiheit des Einzelnen willen, der in den grundrechtlich garantierten Formen qualifizierter zwischenmenschlicher Gemeinschaften seinen Wunsch nach Intimität, Vertrauen, Geborgenheit und Kommunikation erfüllt. Ehen und Familien werden nicht aus übergeordneten öffentlichen Interessen geschlossen, begründet und geschützt, sondern sind Ausdruck eines persönlichen Bedürfnisses. Als Freiheitsrecht wendet sich Art. 6 Abs. 1 GG damit auch gegen eine Instrumentalisierung für andere, übergeordnete Zwecke wie der Nachwuchssicherung oder der Entlastung des Sozialstaats.²⁸ Art. 6 Abs. 1 GG schützt nämlich *jede* Ehe und Familie,²⁹ die kinderlose Ehe ebenso wie die kinderreiche Familie, die „Alleinverdienerehe“ ebenso wie die „Doppelverdienerehe“.

²⁴ So A. Schmitt-Kammler/C. von Coelln, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 6 Rn. 20.

²⁵ BVerfGE 105, 1 (11); vgl. bereits BVerfGE 39, 169 (183); 48, 327 (338) sowie BVerfGE 66, 84 (94): „Zu der selbstverantwortlichen Lebensführung gehört zum einen der Entschluss der Ehegatten, Kinder zu haben, zum anderen, dass ein Ehepartner allein das Familieneinkommen erwirtschaften und der andere sich der Kinderbetreuung widmen soll.“

²⁶ BVerfGE 87, 234 (258f.); 107, 27 (53); vgl. bereits BVerfGE 21, 329 (353).

²⁷ BVerfGE 80, 81 (92).

²⁸ Vgl. dementsprechend kritisch auch S. Baer, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), S. 290 (323f.).

²⁹ BVerfGE 107, 27 (53).

b) Art. 6 Abs. 1 GG als objektive Wertentscheidung

Als Freiheitsrecht betont Art. 6 Abs. 1 GG den Schutz der ehelichen und familiären Ausgestaltungsfreiheit vor staatlicher Einflussnahme. Er regelt insoweit nur das Verhältnis des einzelnen Grundrechtsträgers zum Staat, nicht aber das Verhältnis verschiedener Grundrechtsträger untereinander. Die Problematik des nach dem Vorjahreseinkommen differenzierenden Elterngeldes zeigt nun aber, dass die eheliche und familiäre Ausgestaltungsfreiheit gerade dadurch gefährdet werden kann, dass der Staat bestimmte Ehe- und Familienformen besonders hervorhebt oder fördert und damit letztlich die „richtige Form“ des Zusammenlebens präferieren kann. Art. 6 Abs. 1 GG verlangt daher vom Staat auch die grundsätzlich gleiche Achtung der unterschiedlichen individuellen Entwürfe von Ehe und Familie; anderenfalls verkäme die eheliche und familiäre Binnenautonomie zu einer formalen, inhaltsleeren Freiheit.

Es besteht damit ein enger Bezug zwischen ehelicher und familiärer Ausgestaltungsfreiheit und dem Anspruch auf Gleichbehandlung der verschiedenen Ehe- und Familienformen. Aus der freiheitsrechtlichen Dimension des Art. 6 Abs. 1 GG lässt sich allerdings nur die noch recht allgemeine, letztlich für alle Freiheitsrechte geltende Aussage ableiten, dass er die Freiheit für alle Ehen und Familien gleichermaßen fordert. Aus der Funktion von Art. 6 Abs. 1 GG als objektiver Wertentscheidung leitet das Bundesverfassungsgericht aber auch ein gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG spezielles Diskriminierungsverbot ab.³⁰ In dieser Eigenschaft enthält er das grundsätzliche Verbot, Ehe und Familie gegenüber anderen Lebensgemeinschaften schlechter zu stellen.³¹ Insoweit ist der Staat schon wegen des ihm aufgetragenen besonderen Schutzes nicht zur Neutralität verpflichtet, d. h. er ist grundsätzlich auch befugt, Ehe und Familie bevorzugt gegenüber anderen Lebensgemeinschaften zu fördern, insbesondere durch familien-, sozial- und steuerrechtliche Bestimmungen.³² Allerdings darf er die nicht durch

³⁰ Dazu näher *T. Kingreen*, Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten, 1995, S. 111ff.

³¹ BVerfGE 76, 1 (72); 99, 216 (232).

³² BVerfGE 117, 316 (328f.); 124, 199 (225).

Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Lebensgemeinschaften auch nicht ohne hinreichenden Grund schlechter behandeln als Ehe und Familie.³³

Für das Verhältnis zwischen den durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Lebensformen, etwa zwischen verschiedenen Ehen,³⁴ zwischen Erst- und Zweitehe³⁵ und zwischen Ehe und Familie,³⁶ bildet das Grundrecht in seiner Eigenschaft als besonderes Diskriminierungsverbot allerdings keinen Maßstab. Insoweit gibt es keinen „besonderen Schutz“ für einzelne Ehe- oder Familienmodelle, sondern es stehen alle Lebensgemeinschaften, die verfassungsrechtlich Ehe oder Familie sind, gleichermaßen unter dem Schutz des Grundrechts.

2. Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 6 Abs. 1 GG ist daher kein Maßstab für die im Zusammenhang mit dem Elterngeld relevante gleichheitsrechtliche Frage, ob und inwieweit der Staat zwischen den individuellen Entwürfen ehelichen und familiären Zusammenlebens differenzieren darf. Das Bundesverfassungsgericht zieht daher in einigen Entscheidungen allein den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zur Prüfung von Regelungen heran, die zwischen gleichermaßen durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Rechtspositionen differenzieren.³⁷

Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie eine ungleiche Behandlung rechtfertigen können.³⁸ Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind dabei „umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.“³⁹ Bei Ungleich-

³³ BVerfGE 124, 199 (226f.)

³⁴ BVerfGE 9, 237 (242f.); 45, 104 (126); 47, 1 (19).

³⁵ BVerfGE 66, 84 (94f.)

³⁶ BVerfGE 11, 64 (69).

³⁷ BVerfGE 9, 237 (242f.); 11, 64 (69); 45, 104 (126); 55, 114 (128); 82, 60 (82).

³⁸ BVerfGE 55, 72 (88); 112, 50 (67).

³⁹ BVerfGE 88, 87 (96f.); 106, 166 (176).

behandlungen unter den durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Gemeinschaften verknüpft das Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG dementsprechend zu einem Prüfungsverbund,⁴⁰ in dem Art. 6 Abs. 1 GG die Funktion zukommt, die gerichtliche Kontrollichte hinsichtlich der Ungleichbehandlung zu erhöhen und die legislative Gestaltungsfreiheit dementsprechend einzuschränken.

Dieser Prüfungsverbund wirft zwar nach wie vor ungeklärte grundrechtsdogmatische Fragen auf.⁴¹ Immerhin ist er aber kompatibel mit der Aussage des Bundesverfassungsgerichts, dass Art. 6 Abs. 1 GG für das Verhältnis der Grundrechtsträger untereinander keinen Maßstab bildet. Die fehlende Maßstäblichkeit von Art. 6 Abs. 1 GG gilt nämlich nur für die gleichheitsrechtliche Komponente des Grundrechts, nicht aber für die eingriffsabwehrrechtliche Dimension, d. h. als Freiheitsrecht vermag Art. 6 Abs. 1 GG die Gleichheitsprüfung durchaus zu beeinflussen, und zwar speziell im Rahmen der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Wenn der Gesetzgeber Ehen oder Familien untereinander unterschiedlich behandelt, muss er die freiheitsrechtlichen Schutzgehalte von Art. 6 Abs. 1 GG beachten.⁴² Konkret bedeutet das, dass Ungleichbehandlungen nicht den generellen Achtungsanspruch in Frage stellen dürfen, der jeder Ehe und jeder Familie zukommt, und daher nicht auf intrinsischen Werturteilen beruhen dürfen (sog. Begründungsneutralität).⁴³

Der Prüfungsverbund Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG verknüpft den freiheitsrechtlichen Anspruch der ehelichen und familiären Ausgestaltungsfreiheit mit dem Gebot gleicher Achtung aller Ehe- und Familienentwürfe zum ehe- und familienbezogenen Neutralitätsgebot. In der Verbindung beider Grundrechte kommt zum Ausdruck, dass das ehe- und familienbezogene Neutralitätsgebot, ebenso wie das Gebot religiöser und weltanschaulicher Neutrali-

⁴⁰ BVerfGE 29, 71 (79); 43, 108 (118f.); 61, 319 (343); 82, 60 (86).

⁴¹ T. Kingreen, Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten, 1995, S. 140f.

⁴² BVerfGE 112, 50 (67).

⁴³ Dazu noch näher unten III. 3.

tät,⁴⁴ eine freiheits- und gleichheitsrechtliche Komponente hat: Wenn staatliche Regelungen die Aufgabenverteilung in Ehe und Familie im Hinblick auf bestimmte Leitbilder steuern, so beeinträchtigen sie nicht nur die Freiheit der Betroffenen, über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens zu bestimmen, sondern sie benachteiligen auch solche Lebensformen, die nicht diesem Leitbild entsprechen.

II. Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts

Ausgehend von der Interpretation von Art. 3 Abs. 1 i. V. m. 6 Abs. 1 GG als ehe- und familienbezogenes Neutralitätsgebot, hat das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen Bestimmungen für verfassungswidrig erklärt, die die gebotene Zurückhaltung des Staates im Hinblick auf die private Ausgestaltung von Ehe und Familie vermissen ließen:

1. BVerfGE 6, 55

In seiner ersten Grundsatzentscheidung zu Art. 6 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht die einkommenssteuerrechtliche Zusammenveranlagung von erwerbstätigen Ehegatten für verfassungswidrig erklärt, weil diese aufgrund der progressiven Gestaltung des Tarifs mehr Steuern zu zahlen hatten als bei getrennter Veranlagung. Diese Benachteiligung war im Verfahren u. a. mit dem Ziel begründet worden, „die Ehefrau ins Haus zurückzuführen“ (sog. Edukationseffekt).

Das Bundesverfassungsgericht hat das schon 1957 nicht gelten lassen und auf die Verpflichtung des Staates zur Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Formen ehelichen und familiären Zusammenlebens hingewiesen: Das Edukationsargument transportiere nämlich „eine bestimmte Vorstellung von der besten Art der Ehegestaltung.“ Das Gebot des Schutzes von Ehe und Familie beziehe sich indes „auf jede Ehe und Familie, die den heute in der Bundes-

⁴⁴ Zu dessen Ableitung aus Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 S. 1 und Art. 33 Abs. 3 GG BVerfGE 93, 1 (16ff.); 108, 282 (299f.).

republik gesetzlich normierten bürgerlich-rechtlichen Instituten Ehe und Familie“ entspreche, überlasse also „die Gestaltung der Privatsphäre in diesem Rahmen den Ehegatten selbst.“ Der Gesetzgeber dürfe daher eine bestimmte Gestaltung der privaten Sphäre der Ehe nicht unmittelbar erzwingen. Wenn aber ein solcher unmittelbarer Zwang verfassungswidrig sei, so könne dasselbe Ziel auch nicht geeignet sein, eine Maßnahme zu legitimieren, die, wie die Zusammenveranlagung, mittelbar diesem Ziel dienen soll.⁴⁵

Die ehe- und familienbezogene Neutralitätspflicht kann also nicht nur dadurch verletzt werden, dass die unterschiedlichen Ehe- oder Familienmodelle unmittelbarer Gegenstand differenzierender Regelungen sind, sondern auch durch eine „weiche“ finanzielle Steuerung, die bestimmte Ehe- oder Familientypen vorrangig gegenüber anderen fördert.

2. BVerfGE 21, 329

An die vorstehende Entscheidung konnte das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967 anknüpfen. Streitgegenstand war eine Regelung, die den Witwer seiner zuvor erwerbstätigen Ehefrau im Hinblick auf die Hinterbliebenenrente schlechter stellte als Witwen von zuvor erwerbstätigen Ehemännern.

Auch diese Regelung wurde mit der traditionellen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau gerechtfertigt. Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber darauf hingewiesen, dass die Entscheidung darüber, ob eine Ehefrau sich ausschließlich dem Haushalt widmen oder beruflich tätig sein will, in die Sphäre privater Lebensgestaltung gehöre, die staatlicher Einwirkung verschlossen sei.⁴⁶ Es hat die fragliche Bestimmung daher für verfassungswidrig erklärt.

⁴⁵ BVerfGE 6, 55 (81f.).

⁴⁶ BVerfGE 21, 329 (353).

3. BVerfGE 87, 234

In dieser Entscheidung aus dem Jahre 1992 ging es um eine Bestimmung des früheren Arbeitslosenhilferechts (§ 138 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 9 AFG a. F.). Diese hatte vorgesehen, dass bei gleichzeitiger Berechtigung von Ehegatten zum Bezug von Arbeitslosenhilfe der höhere Anspruch auf den geringeren angerechnet wird.

Darin hat das Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG gesehen. Die Regelung benachteilige Ehepartner, die zuvor beide erwerbstätig waren, gegenüber solchen, von denen nur einer erwerbstätig war. Diese Ungleichbehandlung von Alleinverdiener- und Doppelverdiener Ehe sei durch sachliche Gründe nicht gerechtfertigt, sondern „im Gegenteil geeignet, in der gesellschaftlichen Wirklichkeit die Hausfrauenehe zu begünstigen“⁴⁷.

4. BVerfGE 99, 216

Die Entscheidung betraf die einkommenssteuerrechtliche Behandlung des Betreuungsbedarfs. Konkret ging es um die Frage, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, dass in ehelicher Gemeinschaft lebende Eltern von dem Recht, Kinderbetreuungskosten wegen Erwerbstätigkeit als außergewöhnliche Belastungen von der einkommensteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage abzuziehen, sowie von der Gewährung eines Haushaltsfreibetrags ausgeschlossen werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Regelungen für verfassungswidrig erklärt und den Gesetzgeber damit zu einer grundlegenden Neuordnung des Familienlastenausgleichs verpflichtet. Wiederum betont es die Gestaltungsfreiheit der Eltern, die „ihr familiäres Leben nach ihren Vorstellungen planen und verwirklichen“ dürfen und „in ihrer Erziehungsverantwortung entscheiden, ob und in welchem Entwicklungsstadium das Kind überwiegend von

⁴⁷ BVerfGE 87, 234 (258).

einem Elternteil allein, von beiden Eltern in wechselseitiger Ergänzung oder von einem Dritten betreut werden soll. Die Eltern bestimmen, vorbehaltlich des Art. 7 GG, in eigener Verantwortung insbesondere, ob und inwieweit sie andere zur Erfüllung ihres Erziehungsauftrags heranziehen wollen.⁴⁸ Ergänzend zieht das Bundesverfassungsgericht hier auch das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) heran, das die Eltern zur Bestimmung der Leitbilder der Erziehung berechtige.⁴⁹

Die grundrechtliche Gestaltungsfreiheit der Eltern begrenzt die Gestaltungsfreiheit des Steuergesetzgebers: „Der Betreuungsbedarf muss als notwendiger Bestandteil des familiären Existenzminimums [...] einkommenssteuerlich unbelastet bleiben, ohne dass danach unterschieden werden dürfte, in welcher Weise dieser Bedarf gedeckt wird. Das Einkommensteuergesetz hat den Betreuungsbedarf eines Kindes stets zu verschonen, mögen die Eltern das Kind persönlich betreuen, mögen sie eine zeitweilige Fremdbetreuung des Kindes, z.B. im Kindergarten, pädagogisch für richtig halten oder mögen sich beide Eltern für eine Erwerbstätigkeit entscheiden und deshalb eine Fremdbetreuung in Anspruch nehmen.“⁵⁰

In der Entscheidung klingt allerdings auch an, dass das Neutralitätsgebot nicht stets zur Gleichbehandlung verpflichtet. Vielmehr kann der Gesetzgeber auch gehalten sein, durch gezielte Fördermaßnahmen die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Eltern tatsächlich die Wahl haben, ob sie Kinder selbst oder durch andere Personen betreuen. Der Staat habe dafür Sorge zu tragen, „dass es Eltern gleichermaßen möglich ist, teilweise und zeitweise auf eine eigene Erwerbstätigkeit zugunsten der persönlichen Betreuung ihrer Kinder zu verzichten wie auch Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit miteinander zu verbinden. Der Staat muss auch Voraussetzungen schaffen, dass die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt, dass eine Rückkehr in eine Berufstätigkeit ebenso wie ein Nebeneinander von Erziehung und Erwerbstätigkeit für beide Elternteile einschließlich

⁴⁸ BVerfGE 99, 216 (231).

⁴⁹ BVerfGE 99, 216 (232).

⁵⁰ BVerfGE 99, 216 (234).

eines beruflichen Aufstiegs während und nach Zeiten der Kindererziehung ermöglicht und dass die Angebote der institutionellen Kinderbetreuung verbessert werden.⁵¹

5. BVerfGE 105, 1

Gemäß § 1578 Abs. 1 BGB bestimmt sich das Maß des nachehelichen Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung aus dem Jahre 2002 die zuvor jahrelang umstrittene Frage geklärt, wie der Wert der während der Ehe geleisteten Haushaltsführung und Kindererziehung bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts zu berücksichtigen ist.

Die Zivilgerichte hatten bis zu einer Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs im Jahre 2001⁵² Einkünfte einer erst nach der Scheidung aufgenommenen Erwerbstätigkeit bei der Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse i. S. v. § 1578 Abs. 1 BGB regelmäßig außer Betracht gelassen. Die Nichtberücksichtigung von nachehelichen Einkommenszuwächsen führte zu einer Benachteiligung desjenigen Elternteils, der während der Ehe die Kinder betreute, und zu einer einseitigen finanziellen Entlastung des während der Ehezeit erwerbstätigen Ehegatten, weil der nacheheliche Einkommenszuwachs des in der Ehe nicht oder nur teilweise erwerbstätigen Ehegatten nicht in die Bemessung des für die Höhe der Unterhaltsverpflichtung entscheidenden Gesamteinkommens einbezogen wurde. Der von dem zuvor Kinder betreuenden Ehegatten erlangte Einkommenszuwachs kam damit nicht ihm, sondern lediglich dem anderen, schon zuvor erwerbstätigen Ehepartner zugute.⁵³

Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser bis 2001 gültigen Rechtsprechung der Zivilgerichte einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG gesehen. In Anlehnung an seine nunmehr schon ständige Rechtsprechung betont es erneut die Freiheit der Ehegatten, über die Aufgabenverteilung in der Ehe zu entscheiden und die Verpflichtung der staatlichen Organe, die Verantwor-

⁵¹ BVerfGE 99, 216 (234).

⁵² BGHZ 148, 105ff.

⁵³ BVerfGE 105, 1 (13).

tung der Ehegatten für diese Entscheidungen zu achten. Die frühere zivilgerichtliche Rechtsprechung sei dem nicht gerecht geworden, weil sie die verfassungsrechtlich gebotene „Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit“⁵⁴ missachtet habe: „Haushaltsführung und Kinderbetreuung haben für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen. Gleichermaßen prägen sie die ehelichen Lebensverhältnisse und tragen zum Unterhalt der Familie bei.“⁵⁵

Der Beschluss zum nahehelichen Unterhalt unterscheidet sich von den vorhergehenden Entscheidungen durch abweichende Vergleichsgruppen:⁵⁶ Es geht nicht generell um die Benachteiligung der Doppelverdienerehe gegenüber der Alleinverdienerehe, sondern um die Benachteiligung des nicht erwerbstätigen Ehegatten in der Alleinverdienerehe gegenüber dem erwerbstätigen Ehegatten in der Doppelverdienerehe und umgekehrt um die Bevorzugung des erwerbstätigen Ehegatten in der Alleinverdienerehe gegenüber dem erwerbstätigen Ehegatten in der Doppelverdienerehe. Das Bundesverfassungsgericht stellt damit klar, dass nicht nur die unterschiedlichen Modelle ehelicher Aufgabenverteilung, sondern auch die Aufgaben selbst als gleichwertig zu behandeln sind. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Elterngeldes ist von besonderer Bedeutung, dass auch die Familienarbeit einen monetären Wert hat, der sich später in der Berechnung des nahehelichen Unterhalts niederschlägt.

6. BVerfGE 107, 27

Die letzte einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann hingegen wieder an die bisherige Rechtsprechung zur Benachteiligung der Doppelverdienerehe gegenüber der Alleinverdienerehe anknüpfen. Gegenstand der Entscheidung war u. a. die Frage, ob es verfassungsgemäß war, dass der steuerliche Abzug für Aufwendungen für eine doppelte Haushaltsführung auf zwei Jahre begrenzt war.

⁵⁴ So explizit der Leitsatz der Entscheidung BVerfGE 105, 1.

⁵⁵ BVerfGE 105, 1 (10).

⁵⁶ Zu deren Bedeutung für die Gleichheitsprüfung unten B. I. 1. a).

Das Bundesverfassungsgericht hat auch diese Regelung für verfassungswidrig erklärt. Der Gesetzgeber verfehle den gebotenen Schutz der Doppelverdienerehe, wenn er Aufwendungen, die für die beiden berufstätigen Ehegatten zwangsläufiger Aufwand für die Vereinbarkeit von Ehe und Beruf sind, nach Ablauf von zwei Jahren mit beliebig disponibler privater Einkommensverwendung gleichsetze und für die Bemessung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Ehegatten nicht berücksichtige.⁵⁷ Auch hier ist wieder die Begründung tragend, dass es in der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Sphäre privater Lebensgestaltung liege, ob beide Ehepartner erwerbstätig sind und wo sie erwerbstätig sind. Eine Nichtberücksichtigung der Aufwendungen führe zu einer ökonomischen Entwertung dieser grundrechtlich geschützten Entscheidung, die sich erschwerend auf die Vereinbarkeit von Ehe und Berufsausübung auswirke.⁵⁸

Wiederum erkennt das Bundesverfassungsgericht also an, dass der Staat nicht befugt ist, in die freie Entscheidung der Ehegatten über ihre Aufgabenverteilung in der Ehe einzugreifen. Erneut betont es zudem, dass diese Freiheit auch durch finanzwirksame Regelungen beschränkt wird, die Steuerungswirkung im Hinblick auf ein bestimmtes Modell ehelicher Aufgabenverteilung entfalten. So kann die fehlende steuerliche Berücksichtigung doppelter Haushaltsführung Ehegatten veranlassen, keine Berufstätigkeit außerhalb des Familienwohnsitzes auszuüben. Mittelbar kann eine solche Regelung bewirken, dass einer der Ehegatten ganz auf eine Beschäftigung verzichten muss, insbesondere wenn am Ort des Familienwohnsitzes kein adäquater Arbeitsplatz vorhanden ist. Zwar wird die Frage der steuerlichen Berücksichtigung dieser Aufwendungen nur einer von vielen anderen Faktoren für eine solche Entscheidung sein. Die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht schon diesen nur sehr mittelbaren Einfluss auf die eheliche Aufgabenverteilung als verfassungsrechtlich relevant

⁵⁷ BVerfGE 107, 27 (53).

⁵⁸ BVerfGE 107, 27 (56).

ansieht, belegt aber einmal mehr den hohen verfassungsrechtlichen Rang, den das Bundesverfassungsgericht dem ehe- und familienbezogenen Neutralitätsgebot beimisst.

III. Zusammenfassung: Die verfassungsrechtliche Struktur des ehe- und familienbezogenen Neutralitätsgebots

Zur Vorbereitung auf die verfassungsrechtliche Überprüfung der §§ 2 und 4 BEEG können damit die wesentlichen Bausteine für die Struktur des ehe- und familienbezogenen Neutralitätsgebots zusammengefügt werden:

1. Schutzbereich

Ebenso wie das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität⁵⁹ ist das ehe- und familienbezogene Neutralitätsgebot eine unverzichtbare Voraussetzung für die Sicherung grundrechtlicher Freiheit. Seinen Gestaltungsanspruch auch im Lebensbereich Ehe und Familie kann der Staat nur aufrecht erhalten, wenn er sich nicht mit bestimmten Ehe- und/oder Familienentwürfen identifiziert. Das ehe- und familienbezogene Neutralitätsgebot lässt sich damit als eine frühe Antwort des Bundesverfassungsgerichts auf die Pluralisierung ehelicher und familiärer Lebensmuster lesen. Diese Pflicht des Staates zur Neutralität ist die eigentliche Konstante der Rechtsprechung in einem Lebensbereich, der sich seit Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahre 1949 grundlegend gewandelt hat. Bereits in den 50er Jahren, also zu einer Zeit, in der die klassische Aufgabenverteilung zwischen Frauen und Männern noch vorherrschte und als gesellschaftliches Leitbild propagiert wurde, hat das Bundesverfassungsgericht in einer beeindruckenden Reihe von Entscheidungen die Neutralität des Grundgesetzes gegenüber den unterschiedlichen Formen ehelichen und familiären Zusammenlebens betont. Es hat daher gefordert, die Doppelverdiener Ehe familien-, sozial- und steuerrechtlich mit der Alleinverdiene-

⁵⁹ Vgl. zum diesbezüglichen Neutralitätsprinzip grundlegend bereits *K. Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 208ff.

rehe gleichzustellen und den Gesetzgeber dazu angehalten, die tatsächlichen Voraussetzungen für die Wahlfreiheit der Eltern hinsichtlich der Verteilung zwischen Erwerbs- und Erziehungsarbeit zu schaffen.

Verfassungsrechtliche Grundlage des Neutralitätsgebotes ist der Verbund aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG; eher am Rande und ohne zusätzlichen Aussagegehalt aktiviert das Bundesverfassungsgericht bisweilen auch noch das Gebot, Frauen und Männer gleich zu behandeln (Art. 3 Abs. 2 GG), sowie das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG). Das Neutralitätsgebot hat damit eine freiheits- und eine gleichheitsrechtliche Komponente: Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet den Schutz der ehelichen und familiären Privatsphäre, woraus das an den Staat gerichtete Verbot abgeleitet wird, auf die Ausgestaltung des ehelichen und familiären Binnenbereichs Einfluss zu nehmen. Daraus folgt vor allem ein Identifikationsverbot: Der Staat darf die unterschiedlichen Modelle ehelichen und familiären Zusammenlebens nicht intrinsisch bewerten; er ist aus eben diesem Grunde zur Gleichbehandlung verpflichtet. Die aus Art. 6 Abs. 1 GG folgende Wahlfreiheit wird daher ergänzt und zum Neutralitätsgebot vervollständigt durch das aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Verbot, diese freiheitlichen Entscheidungen zum Anknüpfungspunkt von ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen zu machen. Das Zusammenwirken zeigt sich vor allem in der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen von bestimmten Ehe- und Familienentwürfen.⁶⁰

2. Beeinträchtigungen

Eine Beeinträchtigung der Freiheitsrechte liegt vor, wenn der Staat ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, verbietet, behindert oder belastet.⁶¹ Bei den Gleich-

⁶⁰ Dazu gleich 3.

⁶¹ Vgl. etwa *B. Pjeroth/B. Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 26. Aufl. 2010, Rn. 253.

heitsrechten liegt die Beeinträchtigung in der Ungleichbehandlung zweier vergleichbarer Sachverhalte.⁶²

Die staatliche Einflussnahme auf die Freiheit zur Ausgestaltung des Ehe- und Familienlebens geschieht weniger dadurch, dass der Staat bestimmte Leitbilder unmittelbar vorgibt, sondern sie erfolgt meist mittelbar durch finanzielle Förderung bzw. Privilegierung bestimmter Ehe- und Familienformen. Auch diese eher subkutane Einflussnahme beeinflusst die private Ausgestaltung des Ehe- und Familienlebens (und tritt oftmals auch explizit mit diesem Anspruch auf). Sie stellt daher einen Freiheitseingriff dar. Mit der privilegierten Heraushebung typologisch bestimmter Ehe- oder Familienentwürfe verursacht sie zugleich Ungleichbehandlungen zwischen den einzelnen Formen ehelichen und familiären Zusammenlebens. Das Bundesverfassungsgericht hat daher mehrfach deutlich gemacht, dass auch diese mittelbare Einflussnahme das Neutralitätsgebot beeinträchtigt und sich daher rechtfertigen muss.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Grundrechtseingriffe sind nicht per se verfassungswidrig, sondern können verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Aus Art. 6 Abs. 1 GG folgt damit kein absoluter Schutz privater Lebensbereiche vor staatlicher Einwirkung,⁶³ und auch Art. 3 Abs. 1 GG darf nicht formal in dem Sinne begriffen werden, dass er sich jeglicher Differenzierung zwischen den einzelnen ehelichen und familiären Lebensformen widersetzt. Der Gesetzgeber kann und darf vielmehr in die eheliche und familiäre Ausgestaltungsfreiheit auch dadurch eingreifen, dass er bestimmte Modelle ehelicher und familiärer Aufgabenverteilung besonders fördert. Er ist dabei aber an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, d. h. er muss legitime Regelungs-

⁶² H. D. Jarass, H.-D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 11. Aufl. 2011, Vorb. vor Art. 1 Rn. 30.

⁶³ S. Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 536.

zwecke verfolgen, und die von ihm eingesetzten Mittel müssen zur Erreichung dieser Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁶⁴

In der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen verbinden sich Gleichheits- und Freiheitsrecht zum Gebot der Begründungsneutralität.⁶⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind nämlich Ungleichbehandlungen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, wenn sie durch einen „vernünftigen, aus der Natur der Sache sich ergebenden oder sonst wie einleuchtenden Grund“ gedeckt sind.⁶⁶ Die besonderen Gleichheitssätze und Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG wirken insoweit als qualifizierte Begründungsverbote.⁶⁷ Denn sie legen fest, mit welchen Begründungen dem Einzelnen ein Recht *nicht* abgesprochen werden darf (nämlich nicht mit dem Geschlecht, der Abstammung, der Rasse etc.)⁶⁸ und verpflichten den Gesetzgeber folglich, die Ungleichbehandlung plausibel mit anderen als mit diesen verbotenen Differenzierungskriterien zu begründen.

Eine mit den speziellen Diskriminierungsverboten vergleichbare Funktion hat Art. 6 Abs. 1 GG bei der Prüfung des legitimen Zwecks einer Ungleichbehandlung. Als Ausfluss der ehelichen und familiären Gestaltungsfreiheit verpflichtet er den Staat zur Achtung der unterschiedlichen Ehe- und Familienentwürfe und zur Anerkennung der Gleichwertigkeit von Erwerbs- und Erziehungsarbeit. Aus diesem freiheitsrechtlichen Schutzanspruch lässt sich auch ableiten, wie Ungleichbehandlungen zwischen den unterschiedlichen Ehe- und Familienmodelle nicht begründet werden dürfen. Unzulässig ist die intrinsische Bewertung bestimmter Ehe-/Familienmodelle. Denn in einer solchen Bewertung laufen bestimmte Wertentscheidungen

⁶⁴ Vgl. zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in den Grundrechten BVerfGE 19, 342 (348f.); 61, 126 (134); 76, 1 (50f.); 77, 308 (334).

⁶⁵ S. Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 542ff.

⁶⁶ BVerfGE 1, 14 (52); 61, 138 (147); 89, 132 (141).

⁶⁷ Vgl. W. Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 124; F. Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl. 2009, § 39 Rn. 13; M. Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, S. 423ff.

⁶⁸ S. Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 315.

über die richtige Ausgestaltung des Ehe- und Familienleben mit,⁶⁹ die nach Art. 6 Abs. 1 GG gerade in die Kompetenz der einzelnen Grundrechtsträger fallen. Daher sind partikularistische Leitbilder, die bestimmte Formen des ehelichen und familiären Zusammenlebens als vorzugswürdig und befolgenswert herausstellen, ebenso unzulässig wie eine schichtspezifische Nachwuchssicherung, die bestimmte Bevölkerungskreise zur Zeugung von Kindern animiert bzw. andere davon abhält.

Hingegen sind politisch-funktionale Begründungen grundsätzlich tragfähig, insbesondere wenn sie das Ziel formulieren, lebensformspezifische Belastungen und Benachteiligungen zu kompensieren: So kann der Gesetzgeber die kinderreiche Familie mit der sozialpolitischen Begründung stärker als die kinderlose Ehe fördern, dass mit der Anzahl der Kinder der Bedarf steigt und die Möglichkeit doppelter Erwerbstätigkeit sinkt, er kann Maßnahmen zur Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter treffen, und er ist auch befugt, den Ausbau der Kindergartenplätze forcieren, um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern und damit überhaupt erst die tatsächlichen Voraussetzungen für die grundrechtlich garantierte Wahlfreiheit der Eltern zu schaffen. Jeweils sind hier nicht ethisch-moralische Erwägungen über das richtige Leben tragend, sondern sozial- und frauen- oder familienpolitische Gründe.

⁶⁹ S. Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 664ff.

B. Vereinbarkeit der §§ 2 und 4 BEEG mit Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG

Die Regelungen über die Höhe des Elterngeldes in § 2 BEEG und zum Bezugszeitraum in § 4 BEEG beeinträchtigen das ehe- und familienbezogene Neutralitätsgebot (dazu I.). Diese Beeinträchtigungen können nicht gerechtfertigt werden, weil für sie keine Gründe angeführt werden können, die den Anforderungen der Begründungsneutralität gerecht werden (II.).

I. Beeinträchtigungen

1. Ungleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 GG

Eine Beeinträchtigung von Art. 3 Abs. 1 GG setzt eine Ungleichbehandlung voraus. Die §§ 2 und 4 BEEG müssten also wesentlich gleiche, d. h. vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandeln.

a) Oberbegriff

Vergleichbarkeit ist gegeben, wenn zwei oder mehrere Sachverhalte unter einen gemeinsamen Oberbegriff fallen.⁷⁰ Die Bildung dieses Oberbegriffs hat sich an den Regelungen zu orientieren, die die potenzielle Ungleichbehandlung enthalten. § 2 Abs. 1 S. 1 BEEG bezeichnet den Inhaber bzw. die Inhaberin des Anspruchs lediglich abstrakt als „berechtigte Person“; § 4 Abs. 3 S. 1 BEEG behandelt die Anspruchsberechtigung des jeweiligen Elternteils. § 1 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BEEG verbindet die beiden Regelungen, indem er bestimmt, dass berechtigte Person in der Regel der Elternteil ist, der mit seinem Kind in einem Haushalt lebt und dieses Kind selbst betreut und erzieht. Die §§ 1 Abs. 3 und 4 BEEG erweitern diesen Personenkreis unter bestimmten Voraussetzungen und stellen damit insbesondere klar, dass die biologische

⁷⁰ V. Epping, Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 772ff.; W. Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 23; L. Michael/M. Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 789ff.; B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 26. Aufl. 2010, Rn. 463ff.; speziell für das Elterngeld K. Weilert, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (167).

Elternschaft keine Anspruchsvoraussetzung ist.⁷¹ Für diese gleichgestellten Beziehungen zum Kind gelten aber, was die Berechnung des Elterngeldes und den Bezugszeitraum angeht, keine hier relevanten Besonderheiten, so dass sie im Weiteren außer Betracht bleiben können. Der Oberbegriff kann sich daher am Regelfall des § 1 Abs. 1 BEEG orientieren, d. h. zu vergleichen sind alle in Deutschland mit ihren Kindern in einem Haushalt zusammenlebenden Personen, die dieses Kind selbst betreuen und erziehen und keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausüben, kurz: der sein Kind betreuende, nicht erwerbstätige Elternteil.⁷²

b) Differenzierungskriterium

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 BEEG wird Elterngeld in Höhe von 67% des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit bis zu einem Höchstbetrag von 1800 Euro monatlich für volle Monate gezahlt, in denen die berechtigte Person kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt hat. Wer in diesem maßgeblichen Zeitraum vor der Geburt kein Einkommen erzielt hat, erhält lediglich den Mindestbetrag von 300 €. § 2 Abs. 1 S. 1 BEEG behandelt daher erziehende Elternteile, die vor der Geburt ein Einkommen erzielt haben, anders (nämlich besser) als solche, die kein Einkommen erzielt haben, und er behandelt auch diejenigen Elternteile, die ein hohes Einkommen erzielt haben, bis zur Kappungsgrenze besser als diejenigen, die in den 12 Monaten vor der Geburt weniger verdient haben.⁷³ Benachteiligt sind insbesondere alle Eltern, die vor der Geburt des Kindes bereits ein älteres Geschwisterkind länger als 12 Monate selbst be-

⁷¹ Dazu näher etwa *U. Becker*, in: H. Buchner/U. Becker (Hrsg.), Mutterschutzgesetz. Bundeselterngeldgesetz. Elternzeitgesetz, 8. Aufl. 2008, § 1 BEEG Rn. 63ff. und *M. Lenz*, in: *F. Rancke* (Hrsg.), Mutterschutz. Elterngeld. Elternzeit, 2. Aufl. 2010, § 1 BEEG Rn. 14ff.

⁷² Anspruchsberechtigt ist, wie auch die Konkurrenzregel in § 5 BEEG belegt, dieser Elternteil, nicht insgesamt die Eltern, die daher nicht den relevanten Oberbegriff bilden, anders aber insoweit *K. Weilert*, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (167).

⁷³ Darüber hinaus kann man in der Höchstbetragsregelung eine Gleichbehandlung von ungleichen Sachverhalten sehen (zu deren Relevanz für Art. 3 Abs. 1 GG und der diesbezüglichen Diskussion nur *H. D. Jarass*, H.-D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 8), weil Personen mit einem Nettoverdienst von 2700 € (vgl. *M. Lenz*, in: *F. Rancke* [Hrsg.], Mutterschutz. Elterngeld. Elternzeit, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 2) ebenso viel Elterngeld erhalten wie Personen, die mehr als 2700 € verdienen (nämlich jeweils 1800 €), obwohl letztere einen höheren Einkommensausfall durch die Erziehung des Kindes haben. Da diese Konstellation in den anhängigen Fällen (s. oben B.) keine Rolle spielt und sozialpolitisch ohne Weiteres legitimierbar ist, wird sie im Folgenden nicht mehr aufgegriffen.

treut und deshalb ganz oder zum Teil auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet haben. Das betrifft vor allem die Mehrkindfamilien, in denen die Wiederaufnahme einer Berufstätigkeit im relevanten Zeitraum oftmals praktisch ausgeschlossen ist; außerdem junge Eltern, die vor der Geburt des Kindes noch kein Erwerbseinkommen hatten.⁷⁴

Diese am Erwerbseinkommen vor der Geburt anknüpfende Ungleichbehandlung wirkt sich auch auf den Bezugszeitraum aus. Nach § 4 Abs. 2 S. 2 BEEG wird Elterngeld grundsätzlich für 12 Monate bezogen. Dieser Zeitraum kann aber nach § 4 Abs. 2 S. 3 BEEG um zwei Monate verlängert werden, wenn auch in diesen Monaten eine Minderung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit erfolgt. Da nach § 4 Abs. 3 S. 1 BEEG ein Elternteil grundsätzlich nur 12 Monate Elterngeld beziehen kann, muss insoweit das Erwerbseinkommen des anderen Elternteils gemindert sein (sog. „Partnermonate“). Elternteile, denen die elterliche Sorge oder zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht allein zusteht, haben davon abweichend einen Anspruch auf 14 Monate Elterngeld, wenn das Einkommen aus Erwerbstätigkeit gemindert ist. Auch für den Bezugszeitraum von weiteren zwei Monaten ist also letztlich das Erwerbseinkommen vor der Geburt des Kindes maßgebend: das Einkommen des Partners bzw. des allein erziehenden Elternteils. Hat der berechtigte Elternteil hingegen im relevanten Zeitraum kein Erwerbseinkommen erzielt, bleibt es bei der 12-monatigen Bezugsdauer.

Man kann damit zusammenfassend festhalten, dass § 2 und § 4 BEEG Elternteile, die vor der Geburt des Kindes kein Einkommen hatten, schlechter behandeln als Personen mit Einkommen, und dass sie Personen mit hohem gegenüber Personen mit niedrigem Erwerbseinkommen bevorzugen.⁷⁵ Sie knüpfen also nicht am Tatbestand der Kinderbetreuung und -erziehung an und schon gar nicht am Bedarf des Kindes (beides würde für ein einheitliches Familiengeld

⁷⁴ Dazu näher unter 2. b).

⁷⁵ Das Vorliegen einer Ungleichbehandlung ist weitgehend unstrittig: BSG, Urt. v. 19. 2. 2009 – B 10 EG 20/08 R (= NJOZ 2010, 1080), Rn. 27, 30; Urt. v. 25. 6. 2009 – B 10 EG 8/08 R (= NJW 2010, 1478), Rn. 53, 56; C. Seiler, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 (131); K. Weilert, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (167f.), keine eindeutige Festlegung bei F. Brosius-Gersdorf, Das Elterngeld als Einkommensersatzleistung des Staates, NJW 2007, S. 177 (179ff.), die allein auf Art. 6 Abs. 1 GG abstellt.

sprechen⁷⁶), sondern an den negativen erwerbswirtschaftlichen Konsequenzen der Geburt. Das einschlägige Differenzierungskriterium ist das in den 12 Monaten vor der Geburt des Kindes erzielte Erwerbseinkommen.

2. Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG

Als freiheitsrechtliche Komponente des ehe- und familienbezogenen Neutralitätsgebots schützt Art. 6 Abs. 1 GG u. a. die Freiheit der Eltern, über die Aufteilung von Erwerbsarbeit und Erziehungsleistungen zu entscheiden. Die Partner allein befinden darüber, ob und in welchem Entwicklungsstadium das Kind überwiegend von einem Elternteil allein, von beiden Eltern oder von einem Dritten betreut werden soll. Diese Freiheit wird durch alle Regelungen beeinträchtigt, die geeignet sind, diese Entscheidung zu beeinflussen oder in Frage zu stellen.⁷⁷

a) Das Leitbild der erwerbsarbeitsorientierten Erziehung

Die §§ 2 und 4 BEEG sind zwar, rein äußerlich betrachtet, typenneutral, d. h. sie legen nicht ein bestimmtes Leitbild der ehelichen bzw. familiären Aufgabenverteilung als besonders befolgenswert fest. Das war indes in den Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht zur Notwendigkeit der Neutralität des Staates gegenüber den unterschiedlichen Entwürfen von Ehe und Familie Stellung bezogen hat, nicht anders. Stets ging es um Bestimmungen, die äußerlich betrachtet typenneutral waren, die aber subkutane finanzielle Steuerungswirkungen hatten, die weltanschauliche Präferenzen für die adäquate oder jedenfalls typische Aufgabenverteilung zwischen Ehegatten/Eltern transportierten. Auch diese Formen indirekter Verhaltenssteuerung durch das Familien-, das Sozial- und das Steuerrecht hat das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit stets und ausdrücklich als Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG an-

⁷⁶ F. Gräfin Nesselrode, Das Spannungsverhältnis zwischen Ehe und Familie in Art. 6 des Grundgesetzes, 2007, S. 238f.

⁷⁷ Vgl. näher oben A. III. 1.

gesehen.⁷⁸ Allein mit der Mittelbarkeit der Anreizstrukturen lässt sich daher auch ein Eingriff der elterngeldrechtlichen Regelungen in Art. 6 Abs. 1 GG nicht verneinen.⁷⁹

Die Gesetzesbegründung legt den expliziten familien- und arbeitsmarktpolitischen Steuerungsanspruch frei.⁸⁰ Zwar wird betont, dass auch Eltern unterstützt werden sollen, die vor der Geburt des Kindes nicht voll erwerbstätig waren.⁸¹ Doch beschränkt sich diese Unterstützung auf den Mindestbetrag von 300 €. Das neue Leitbild sind Eltern, die Berufstätigkeit und Erziehungsarbeit miteinander vereinbaren, die vor der Geburt des Kindes erwerbstätig waren und diese Erwerbstätigkeit auch allenfalls für zwölf bis vierzehn Monate unterbrechen.⁸² Der Gesetzgeber begreift daher das Elterngeld als eines von mehreren Instrumenten, die Vereinbarkeit von Berufsleben und Familientätigkeit zu verbessern.⁸³ Die diesbezügliche Notwendigkeit unterstreicht er durch nicht näher belegte Erhebungen, aus denen sich ergeben soll, dass „die Berufsorientierung der Frauen“ gestiegen sei und zugleich eine Mehrzahl der Väter den Wunsch äußern, sich intensiver der Betreuung und Erziehung der Kinder zu widmen.⁸⁴ Deutlich bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er längere Erwerbsunterbrechungen gesamtwirtschaftlich für nicht wünschenswert hält. „Auf die Gesellschaft bezogen“ bedeute „jeder Rückzug aus dem Erwerbsleben, dass ausgebildete berufliche Potenziale und Fähigkeiten dem Arbeitsmarkt verloren gehen.“⁸⁵ Die Betreuung und Erziehung eines Kindes erscheint in diesem Begründungselement eher als Störung einer im Dienste gesamtwirtschaftlicher Interessen stehenden Erwerbstätigkeit. Es ist daher in gewisser Weise ehrlich, wenn der Gesetzgeber das Elterngeld „als Teil des insgesamt 25 Milliarden € umfassenden Programms der

⁷⁸ Vgl. nochmals oben A. II.

⁷⁹ So aber, trotz der Kritik am Elterngeld als „Prämie für ein dem Leitbild des Gesetzgebers entsprechendes ‚richtiges‘ Familienleben“, C. Seiler, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 (133); ferner F. Brosius-Gersdorf, Das Elterngeld als Einkommensersatzleistung des Staates, NJW 2007, S. 177 (178); K. Weilert, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (166).

⁸⁰ Treffend C. Seiler, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 (133): „sozialinterventionistischer Ansatz“.

⁸¹ BT-Drucks. 16/1889, S. 2.

⁸² Ausnahmen bilden die Fälle der Verlängerung des Berücksichtigungszeitraums nach § 2 Abs. 7 S. 5 und 6 BEEG, dazu oben 1. Teil B.

⁸³ BT-Drucks. 16/1889, S. 1.

⁸⁴ BT-Drucks. 16/1889, S. 14.

⁸⁵ BT-Drucks. 16/1889, S. 14.

Bundesregierung zur Stärkung von Innovation, Investition, Wachstum und Beschäftigung“ ansieht und sich von dem Gesetz eine „Stärkung der Sozialversicherung“ sowie „Wachstumsimpulse“ erhofft.⁸⁶

Die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Motive des Gesetzgebers haben sich in den Bestimmungen über die Berechnung des Elterngeldes (§ 2 BEEG) und den Bezugszeitraum (§ 4 BEEG) niedergeschlagen. Sie legen einen bestimmten „Ablaufplan“ für die Verbindung von Erwerbsarbeit und (möglichst kurzzeitiger) Unterbrechung für die Betreuung und Erziehung von Kindern nahe. Grundsätzlich sollten Eltern, bevor sie sich für ihr erstes Kind entscheiden, zumindest zwölf Monate erwerbstätig gewesen sein. Entscheiden sie sich für ein zweites Kind und möchte ein Elternteil für dessen Betreuung und Erziehung Elterngeld erhalten, haben sie im Wesentlichen zwei Möglichkeiten. Entweder kommt das zweite Kind innerhalb von 12 (oder bei Inanspruchnahme der Partnermonate für das erste Kind: innerhalb von 14) Monaten zur Welt (§ 2 Abs. 7 S. 5 BEEG) oder dieser Elternteil muss zunächst wieder mindestens 12 Monate erwerbstätig (und wegen der prozentualen Abhängigkeit des Elterngeldes vom Erwerbseinkommen am besten voll erwerbstätig) sein, um auch für das zweite Kind in den Genuss des vollen Elterngeldes zu kommen, was regelmäßig eine externe Vollzeitbetreuung notwendig macht. Da eine Schwangerschaft unmittelbar nach der Geburt des ersten Kindes vielfach aus medizinischen oder gesundheitlichen Gründen ausscheidet, bleibt meist nur der zweite Weg.⁸⁷

Gegen die privatautonome Entscheidung für ein solches Modell ist in der Sache nichts einzuwenden, wohl aber gegen staatliche Regelungen, die die Entscheidung der Eltern durch gezielte Subventionierung in eine bestimmte Richtung zu lenken suchen. Da es um nicht unerhebliche Beträge geht, könnten Eltern dazu veranlasst werden, ihre Familienplanung am Elterngeld zu orientieren und vor der Geburt weiterer Kinder zunächst wieder den Weg in die

⁸⁶ BT-Drucks. 16/1889, S. 18.

⁸⁷ S. Salaw-Hanslmaier, Diskriminiert das Elterngeld die Mehrkindfamilie?, ZRP 2008, S. 140 (141).

Erwerbstätigkeit und eine möglichst umfassende Betreuungsmöglichkeit durch Dritte suchen. Wer diesen Ablaufplan nicht befolgt, muss mit massiven finanziellen Einbußen rechnen.⁸⁸

b) Abweichende Entwürfe elterlicher Aufgabenverteilung

Der vorstehend skizzierte Ablaufplan blendet bestimmte Gestaltungen in der familiären Lebensplanung weitgehend aus, insbesondere die Mehrkindfamilien sowie junge Eltern, die vor der Geburt des ersten Kindes nicht erwerbstätig waren:

aa) Mehrkindfamilien

Die anhängigen Fälle Bauke, Herrmann, Mayerhofer und Serbe⁸⁹ zeigen exemplarisch die Benachteiligung der Familien mit drei oder mehr Kindern beim Elterngeldbezug. Jeweils machen Mütter einen Elterngeldanspruch für das vierte bzw. das fünfte Kind geltend. In allen Fällen waren die Mütter vor der Geburt des Kindes nicht erwerbstätig gewesen, weil sie bereits drei oder vier Kinder zu betreuen hatten. Sie hatten daher nach § 2 Abs. 5 BEEG nur einen Anspruch auf den Mindestbetrag von 300 €. Dieser konnte sich zwar nach § 2 Abs. 4 BEEG noch um 75 € erhöhen; die vergleichsweise engen Voraussetzungen dieser Bestimmung waren aber nur im Fall Serbe gegeben.

In Mehrkindfamilien ist auch die Möglichkeit, die Partnermonate (§ 4 Abs. 2 S. 2 BEEG) in Anspruch zu nehmen und damit die Bezugsdauer des Elterngeldes um zwei Monate zu verlängern, praktisch ausgeschlossen. Die Situation stellt sich hier regelmäßig so dar, dass der Kinder erziehende Elternteil kein eigenes Erwerbseinkommen hat, die Familie also von einem Einkommen lebt. Wenn nun der andere Elternteil die beiden Partnermonate in Anspruch nehmen würde, müsste die große Familie, ein Nettoeinkommen von 2700 € oder mehr unter-

⁸⁸ Dazu noch näher unten c).

⁸⁹ Vgl. oben Teil 2 A., B., E. und F.

stellt, in diesem Zeitraum mit 1800 € „Entgeltersatzleistung“ auskommen,⁹⁰ also einem Betrag, der unter dem Existenzminimum liegen kann,⁹¹ so dass ggfs. ergänzende Grundsicherungsleistungen zu erbringen wären (was das Gesetz indes gerade zu vermeiden sucht⁹²).

Das Elterngeldrecht blendet also die besondere Situation von Mehrkindfamilien weitgehend aus, weil es vom Leitbild einer Kleinfamilie ausgeht, in der die Erwerbstätigkeit nur für einen kurzen Zeitraum zum Zwecke der Kinderbetreuung und -erziehung unterbrochen wird. Im Fokus des Elterngeldes stehen nicht das Kind und der erhöhte Bedarf, sondern der Einkommensverlust, der durch die Geburt des Kindes ausgelöst wird. Durchaus realistisch wird gesehen, dass bei Mehrkindfamilien einer der Partner für eine Erwerbstätigkeit ohnehin nicht mehr in Betracht kommt und daher auch keiner speziellen Förderung mehr bedarf. Tatsächlich sinkt nämlich die Erwerbsquote mit der Kinderzahl.⁹³ Statistisch erhalten dementsprechend drei von vier Müttern, die ihr drittes Kind bekommen, ein Elterngeld von unter 500 €, d. h. sie waren vor der Geburt des Kindes entweder gar nicht oder allenfalls in geringem Umfang erwerbstätig. Beim vierten Kind sind es gar 86%, während sich beim ersten Kind lediglich 41% mit einem derart niedrigen Elterngeld begnügen müssen.⁹⁴

bb) Junge Eltern

In der Gesetzesbegründung wird als weiteres Element einer „modernen Familienpolitik“ das Ziel ausgegeben, dass sich Männer und Frauen früher für Kinder entscheiden. Das Alter der

⁹⁰ Eine das Familieneinkommen erhöhende Berufstätigkeit des zuvor erziehenden Elternteils für diesen Zeitraum von zwei Monaten ist gänzlich unpraktikabel, vgl. C. Seiler, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 (132).

⁹¹ Das hängt im Einzelnen von der Zahl und vom Alter der Kinder ab, vgl. §§ 20 Abs. 2, 3, 28 SGB II. Für ein Ehepaar (Regelsatz: 359 und 323 €) mit zwei Kindern unter 6 Jahren (Regelsatz: 215 €) und 3 Kindern über 6 Jahren (Regelsatz 251 €) würde der Regelsatz in der Grundsicherung für Arbeitsuchende beispielsweise derzeit bei 1865 € monatlich liegen.

⁹² BT-Drucks. 16/1889, S. 2.

⁹³ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Elterngeld als Teil nachhaltiger Familienpolitik, 2. Aufl. 2008, S. 30.

⁹⁴ Vgl. dazu D. Siems, Großfamilien sind die Verlierer des Elterngeldes, in: DIE WELT v. 22. 11. 2010.

Mütter bei der Geburt des ersten Kindes habe sich seit 1980 um fast fünf Jahre erhöht; oftmals würden Familiengründungen aufgeschoben, bis es dafür zu spät sei.⁹⁵

In seiner einseitigen Fokussierung auf erwerbstätige Eltern berücksichtigt das Gesetz aber gerade diejenigen Eltern, die sich bereits deutlich vor Beginn des 30. Lebensjahres für Kinder entscheiden, nicht. Dabei handelt es sich nicht nur um Eltern, die bereits vor dem 20. Geburtstag ein Kind bekommen. Gerade Paare, die zunächst eine längere berufliche Qualifikationsphase (etwa ein Hochschulstudium) durchlaufen müssen, werden durch das am Erwerbseinkommen anknüpfende Elterngeld animiert, noch nicht in dieser Qualifikationsphase und auch noch nicht zu Beginn der Erwerbstätigkeit Kinder zu bekommen, sondern erst nach der beruflichen Etablierung und der entsprechenden Einkommensstabilisierung. Für Akademikerinnen und Akademiker setzt das Elterngeld daher das Signal, möglichst erst nach dem 30. Geburtstag Kinder zu bekommen. Durch die Orientierung am Erwerbseinkommen wird nicht nur die Eignung des Gesetzes für die Erreichung des Ziels in Frage gestellt.⁹⁶ Das Gesetz steuert mit dem Leitbild der erwerbsarbeitszentrierten Erziehung auch gezielt die familiäre Lebensplanung und beeinflusst damit auch die grundrechtlich garantierte Ausgestaltungsfreiheit der Partner.

c) Vergleich mit den Leistungen nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz

Das im Bundeselterngesetz zum Ausdruck kommende neue Leitbild der erwerbsarbeitsorientierten Erziehung erhält noch schärfere Konturen, wenn man es mit den Vorgängerbestimmungen im Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) kontrastiert.⁹⁷

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 BERzGG wurde Erziehungsgeld vom Tag der Geburt bis zur Vollendung des 24. Lebensmonats gezahlt. Anspruchsberechtigt waren, insoweit mit § 1 BEEG vergleich-

⁹⁵ BT-Drucks. 16/1889, S. 15.

⁹⁶ Dazu noch unten II. 1.

⁹⁷ Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit (Bundeserziehungsgeldgesetz – BERzGG) i. d. F. der Bekanntmachung v. 9. 2. 2004, BGBl. I S. 206.

bar, Elternteile, die mit ihrem Kind in einem Haushalt zusammenlebten, dieses erzogen und betreuten und nicht erwerbstätig waren (§ 1 Abs. 1 S. 1 BErzGG). Die Berechtigten hatten ein Wahlrecht zwischen dem sog. Budget (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BErzGG) und dem Regelbetrag (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BErzGG): Das budgetierte Erziehungsgeld betrug für die Dauer von höchstens 12 Monaten 450 €, der Regelbetrag für die Dauer von höchstens 24 Monaten 300 € monatlich; vor 2004 betrug die Leistungshöhe 460 € bzw. 307 €. Die Leistungen waren nach § 5 Abs. 3 und 4 BErzGG einkommensabhängig, allerdings gewissermaßen umgekehrt zum Elterngeld. In den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes entfiel der Anspruch, wenn das Einkommen der nicht dauernd getrennt lebenden Eltern 30.000 €⁹⁸ (beim Regelbetrag) bzw. 22.086 €⁹⁹ (beim Budget) überstieg, wobei auch im Hinblick auf einige der anhängigen Verfahren zu beachten ist, dass die Einkommensgrenzen für diese ersten sechs Lebensmonate des Kindes bis 2004 erheblich höher lagen (51.130 €/38.350 €). Vom Beginn des siebten Lebensmonats verringerte sich das Erziehungsgeld prozentual,¹⁰⁰ wenn das Einkommen bei Ehegatten, die nicht dauernd getrennt lebten, 16.500 €¹⁰¹ überstieg. Die Einkommensgrenzen erhöhten sich dabei um 3140 € für jedes weitere Kind.

Nicht anders als das Elterngeld¹⁰² sollte das Erziehungsgeld „die Betreuung und Erziehung eines Kindes in der ersten Lebensphase“ fördern. Es stelle, so hieß es, „insbesondere eine wichtige Hilfe für die junge Familie dar.“¹⁰³ Der Gesetzgeber des Elterngeldgesetzes meint nun allerdings, dass sich das Bundeserziehungsgeld nicht bewährt habe, weil es verlängerte Erwerbsunterbrechungen begünstigt habe. Wirklich begründet wird diese Behauptung nicht. Sie könnte allenfalls für den Zeitraum zwischen dem 12. und dem 24. Lebensmonat tragen. Denn für die ersten 12. Lebensmonate soll ja auch das Elterngeld dazu beitragen, dass „Fami-

⁹⁸ Andere Berechtigte: 23.000 €.

⁹⁹ Andere Berechtigte: 19.086 €.

¹⁰⁰ Der Regelbetrag verringerte sich um 5,2%, das Budget um 7,2% des Einkommens, das die Einkommensgrenzen überschritt.

¹⁰¹ Andere Berechtigte: 13.500 €.

¹⁰² BT-Drucks. 16/1889, S. 2: „Das Elterngeld unterstützt Eltern in der Frühphase der Elternschaft und trägt dazu bei, dass sie in diesem Zeitraum selbst für ihr Kind sorgen können.“

¹⁰³ BT-Drucks. 10/3792, S. 13.

lien ohne finanzielle Nöte in ihr Familienleben hineinfinden und sich vorrangig der Betreuung ihrer Kinder widmen können.¹⁰⁴ Im Zeitraum zwischen dem 12. und 24. Lebensmonat erhielten hingegen ohnehin nur noch diejenigen Eltern Elterngeld, die sich für den Regelbetrag entschieden hatten, und dies auch nur dann, wenn und soweit ihr Einkommen nicht die sehr niedrigen Einkommensgrenzen überschritt. Der Leistungsanspruch in Höhe von 300 € dürfte kaum einen Anreiz entfaltet haben, auf eine mögliche Erwerbstätigkeit zu verzichten.¹⁰⁵

Die einheitliche Leistungshöhe und die Einkommensgrenzen wiesen das Erziehungsgeld als klassische bedarfsorientierte Leistung aus. Das Elterngeld orientiert sich hingegen nicht am Bedarf, sondern an den durch Betreuung und Erziehung ausgelösten Einkommensverlusten. In seinem Fokus steht nicht das Kind und sein Bedarf, sondern der Einkommensverlust, den es durch seinen Betreuungsbedarf ausgelöst hat. Das hat, wie die folgenden Beispielfälle zeigen, einen massiven Umverteilungseffekt zu Lasten von Alleinverdiener- und zugunsten von Doppelverdienererehen ausgelöst:

- So hat Frau Serbe¹⁰⁶ für ihr viertes, 2005 geborenes Kind Erziehungsgeld bezogen, und zwar, weil das Familieneinkommen unter den relevanten Einkommensgrenzen lag, bis zum 24. Lebensmonat des Kindes den Regelbedarf von 300 €, insgesamt also 7200 €. Dieser Betrag ist erheblich höher der Elterngeldanspruch, den Frau Serbe nunmehr für ihr fünftes, 2007 geborenes Kind geltend machen kann, nämlich 4500 €, die sich aus dem Sockelbetrag von 3600 € sowie einem Zuschlag von weiteren 900 € nach § 2 Abs. 4 BEEG zusammensetzen. Entfällt auch dieser Zuschlag, ist der Elterngeldanspruch nur halb so hoch wie der frühere Erziehungsgeldanspruch.
- Genau umgekehrt ist die Situation bei einem Ehepaar, bei dem vor der Geburt des ersten Kindes im Jahre 2007 beide Partner ein Einkommen von jeweils 2700 € hatten. Wäre das

¹⁰⁴ BT-Drucks. 16/1889, S. 2.

¹⁰⁵ So etwa auch U. Becker, in: H. Buchner/U. Becker (Hrsg.), Mutterschutzgesetz. Bundeserziehungsgeldgesetz, 7. Aufl. 2003, vor §§ 1-14 BErzGG Rn. 5 für die vor 2004 geltende Leistungshöhe von 307 €.

¹⁰⁶ Vgl. 2. Teil F.

Kind 2006 zur Welt gekommen, hätten sie wegen der erziehungsgeldrechtlichen Einkommensgrenzen (§ 5 Abs. 2 BErzGG) überhaupt kein Erziehungsgeld erhalten. Sie haben aber nunmehr wegen ihres Einkommens (67% von 2700 €) einen Anspruch auf den Höchstbetrag von monatlich 1800 €, d. h. insgesamt 21.600 €, oder wenn auch die Partnermonate (§ 4 Abs. 2 S. 2 BEEG) in Anspruch genommen werden, von 25.200 €, also etwa sechsmal so viel wie Frau Serbe im Ausgangsfall für ihr fünftes, ebenfalls 2007 geborenes Kind.

d) Steuerungsanspruch der §§ 2 und 4 BEEG

Das Erziehungsgeldgesetz war ehe- und familienneutral: Es orientierte sich wie jede andere steuerfinanzierte Sozialleistung am Bedarf, und wenn dieser bejaht wurde, erhielten alle Eltern ein Erziehungsgeld in gleicher Höhe. Sie hatten außerdem die Wahl, ob sie bereits nach einem Jahr wieder berufstätig werden und daher das Budget wählen oder ob sie für zwei Jahre aussetzen und daher den Regelbetrag in Anspruch nehmen wollten. Steuerungswirkung dahingehend, ob sich Paare erst nach dem Einstieg in das Erwerbsleben für Kinder entscheiden und wie sie nach der Geburt Erwerbs- und Erziehungsarbeit aufteilen, dürfte das Erziehungsgeldgesetz schon wegen der insgesamt geringen Anspruchshöhe kaum gehabt haben. Hinzuzufügen ist: Dies war aufgrund der reinen Bedarfsorientierung der Leistung auch nicht der gesetzgeberische Anspruch.

Die Begründung zum Elterngeldgesetz „versteckt“ sich zwar überwiegend hinter nicht näher belegten „gewandelten Bedingungen“¹⁰⁷, den „Präferenzen“¹⁰⁸ und veränderten „Lebensplanungen“¹⁰⁹ der Paare.¹¹⁰ Das ist aber erstens für den Grundrechtsschutz von Paaren, deren Le-

¹⁰⁷ BT-Drucks. 16/1889, S. 1.

¹⁰⁸ BT-Drucks. 16/1889, S. 15.

¹⁰⁹ BT-Drucks. 16/1889, S. 14.

¹¹⁰ Differenzierungen würden hier vermutlich zutage fördern, dass das Elterngeld durchaus nicht in Übereinstimmung mit den Mehrheitswünschen ausgestaltet ist: Denn die erziehenden und betreuenden Partner wünschen auch nach der Elternzeit überwiegend keine Vollzeitberufstätigkeit (die aber das Elterngeld besonders prämiieren würde, wenn ein weiteres Kind geboren wird), sondern eine Teilzeiterwerbstätigkeit, die sich eher negativ

bensplanungen nicht dieser angeblichen Mehrheit entsprechen, ohne Relevanz, weil die eheliche und familiäre Ausgestaltungsfreiheit gerade als (gesamtgesellschaftlich schwerer durchsetzbare) Minderheitsposition besonders schutzbedürftig ist. Zweitens kommt der Steuerungsanspruch auch durchaus deutlich zum Ausdruck, wenn eine „Neuausrichtung“¹¹¹ der Familienpolitik ausgerufen und der gesellschafts- und wirtschaftspolitische Wunsch artikuliert wird, die Phasen der Unterbrechung der Erwerbsarbeit so gering wie möglich zu halten.¹¹² Auch und gerade in der Abgrenzung zum Erziehungsgeld, das „verlängerte Erwerbsunterbrechungen begünstigt“¹¹³ habe, wird deutlich, dass der Gesetzgeber die Eltern eher als Erwerbstätige denn als Erziehende wahrnimmt. In der Arbeitswelt sind diese Unterbrechungen nämlich in der Tat problematisch, für die Erziehung und Betreuung der Kinder aber grundsätzlich nicht. Das Elterngesetz fördert dementsprechend primär erwerbstätige und nur marginal (nämlich mit dem Mindestbetrag) Kinder erziehende Eltern. Es vernachlässigt damit die verfassungsrechtlich gebotene „Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit“¹¹⁴. Denn verfassungsrechtlich und daher auch unterhaltsrechtlich leistet Familienarbeit einen gleichwertigen Beitrag zum Familieneinkommen¹¹⁵ und müsste mithin genauso „honoriert“ werden wie die Erwerbsarbeit.

Nun mag man über die tatsächliche Steuerungswirkung des Elterngeldes spekulieren. Viele Paare werden ihre Familien- und Berufsplanung auch weiterhin nicht von einer Sozialleistung abhängig machen, die spätestens 14 Monate nach der Geburt des Kindes ohnehin wieder ausläuft. Für die Frage des Grundrechtseingriffs kommt es allerdings nicht darauf an, ob sich Partner durch sozial- oder steuerrechtliche Regelungen in ihrer familiären Lebensplanung tatsächlich beeinflussen lassen. In allen einschlägigen Referenzentscheidungen des Bundesver-

auf das Elterngeld auswirkt, vgl. zum Ganzen S. *Salaw-Hanslmaier*, Diskriminiert das Elterngeld die Mehrkindfamilie?, ZRP 2008, S. 140 (141).

¹¹¹ BT-Drucks. 16/1889, S. 1.

¹¹² Deutlich in diesem Sinne BT-Drucks. 16/1889, S. 14 linke Spalte.

¹¹³ BT-Drucks. 16/1889, S. 15.

¹¹⁴ BVerfGE 105, 1.

¹¹⁵ Vgl. BVerfGE 105, 1 und oben A. II. 5.

fassungsgerichts¹¹⁶ war vielmehr entscheidend, dass die angegriffenen Regelungen jedenfalls *geeignet* waren, partnerschaftliche und innerfamiliäre Entscheidungsprozesse zu steuern, indem sie Paare benachteiligten, die ihre Erwerbs- und Erziehungsaufgaben nicht nach Maßgabe der Leitbilder aufgeteilt hatten, welche im Gesetz zum Ausdruck kamen. Das hat das Bundesverfassungsgericht selbst bei Bestimmungen über die Witwen- und Witwerrente bejaht,¹¹⁷ die die Aufgabenverteilung unter den regelmäßig noch jungen Partnern weitaus weniger beeinflussen dürften als das konkret mit der Geburt zu erwartende Elterngeld.

Wegen dieser faktischen und auch beabsichtigten Beeinflussung ehelicher und innerfamiliärer Entscheidungsprozesse greifen die §§ 2 und 4 BEEG auch in Art. 6 Abs. 1 GG ein.¹¹⁸

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Beeinträchtigungen

Gegen die Ungleichbehandlung von Kinder erziehenden Elternteilen und den freiheitsbeschränkenden Aufbau von Familienleitbildern seitens des Staates wäre nichts einzuwenden, wenn es dafür eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gäbe. Selbstverständlich darf und muss der Gesetzgeber auch im Lebensbereich Ehe und Familie „Partei ergreifen“, insbesondere zum Schutz der Kinder, aber etwa auch zur Durchsetzung der Gleichberechtigung in der Ehe und zur Schaffung einer Infrastruktur, die die Betreuung von Kindern durch Dritte ermöglicht. Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entscheidende Bedeutung zu, und zwar nicht nur im Hinblick auf den Eingriff in das Freiheitsrecht Art. 6 Abs. 1 GG, sondern gerade wegen der Einschlägigkeit des Freiheitsrechts auch bei Art. 3 Abs. 1 GG.¹¹⁹ Die grundrechtsbeeinträchtigenden Bestimmungen müss-

¹¹⁶ Dazu oben A. II.

¹¹⁷ BVerfGE 21, 329, vgl. A. II. 2.

¹¹⁸ Ebenso, allerdings bezogen auf die gleichheitsrechtliche Komponente von Art. 6 Abs. 1 GG S. *Salaw-Hanslmaier*, Diskriminiert das Elterngeld die Mehrkindfamilie?, ZRP 2008, S. 140 (141); anders aber *F. Brosius-Gersdorf*, Das Elterngeld als Einkommensersatzleistung des Staates, NJW 2007, S. 177 (178); *K. Weiler*, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (166).

¹¹⁹ Zur Diskussion über den Einbau des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in die Prüfung der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen und die sog. neue Formel des Bundesverfassungsgerichts etwa *G. Manssen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 7. Aufl. 2010, Rn. 811ff.; *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 795ff..

ten einen legitimen Zweck verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein. Der Gestaltungsspielraum, der dem Gesetzgeber bei der Konkretisierung dieser Teilrechtsgebote zukommt, ist wegen der Auswirkungen der Elterngeldregelungen auf die durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte ehe- und familienbezogene Ausgestaltungsfreiheit begrenzt.¹²⁰

1. Legitimer Zweck

Der Gesetzeszweck ergibt sich, außer aus dem Gesetz selbst, vor allem aus den Gesetzesmaterialien.¹²¹ Grundsätzlich hat der Gesetzgeber bei der Bestimmung der Gesetzeszwecke einen weiten Gestaltungsspielraum. Legitim sind danach nicht nur diejenigen Zwecke, die sich aus dem Grundgesetz selbst ergeben, sondern alle Ziele, die verfassungsrechtlich nicht verboten sind.¹²² Aus den Freiheitsrechten ergeben sich allerdings Begründungsverbote dahingehend, dass die intrinsische Bewertung des Freiheitsgebrauchs seitens des Staates unzulässig ist: Wenn der Gesetzgeber die unterschiedlichen Glaubensrichtungen, Meinungen, Kunstwerke, wissenschaftlichen Erkenntnisse und eben auch die unterschiedlichen Entwürfe des ehelichen und familiären Lebens in den Kategorien „gut/böse“ oder „falsch/richtig“ bewertet und damit gewichtet, so verstößt er gegen seine Pflicht zur Begründungsneutralität.¹²³ Die entsprechenden Bestimmungen verfolgen dann schon keinen legitimen Zweck.¹²⁴

Die §§ 2 und 4 BEEG müssen daher auf andere Begründungen gestützt werden als auf die Wertigkeit eines bestimmten Ehe- oder Familienentwurfs. Auch dürfen sie nicht die Fähigkeit von Eltern zur Kindererziehung und -betreuung danach bewerten und gewichten, welcher sozialen Schicht diese angehören. Unzulässig wäre daher auch ein elitärer schichtenspezifischer

Die Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ist danach jedenfalls bei einem gleichzeitigen Eingriff in die besonderen Freiheitsrechte anerkannt.

¹²⁰ Vgl. zu den Teilinhalten des Verhältnismäßigkeitsprinzips und der Bedeutung der Freiheitsrechte im Rahmen der Gleichheitsprüfung bereits oben A. III. 3.

¹²¹ Vgl. zur Problematik der Zweckermittlung näher *R. Wernsmann*, Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm – Bundesverfassungsgericht oder Gesetzgeber?, NVwZ 2000, S. 1360 (1362ff.).

¹²² *G. Manssen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 7. Aufl. 2010, Rn. 170ff.; *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 614ff.

¹²³ Dazu näher oben A. III. 3.

¹²⁴ *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 616 unter Hinweis auf *S. Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 655f.

Förderansatz, der finanzielle Unterstützungsleistungen damit begründet, dass die „falschen“ Eltern zu viele und die „richtigen“ Eltern zu wenige Kinder bekommen.¹²⁵ Die Bestimmungen sind aber begründungsneutral, wenn sich politisch-funktionale Sachgründe für die Ungleichbehandlungen und die Freiheitseingriffe finden lassen.¹²⁶

Der Gesetzentwurf führt eine Fülle von teils familienpolitischen, teils aber auch arbeitsmarktpolitischen Begründungen auf:¹²⁷

- *Steigerung der Geburtenzahl.* Der Gesetzentwurf enthält, allerdings nur in der Problemanalyse, den Hinweis, dass Deutschland mit 1,36 Kindern pro Frau eine der niedrigsten Geburtenraten der Welt habe.¹²⁸ Zwar mag man über die verfassungsrechtliche Legitimität einer aktiven staatlichen Nachwuchssicherungspolitik streiten.¹²⁹ Es ist aber jedenfalls legitim, die Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass Paare sich für Kinder entscheiden. Allerdings vermeidet die Gesetzesbegründung eine Prognose dahingehend, dass das Elterngeld an dieser Situation etwas ändern wird. Das demografische Argument taucht sogar in der eigentlichen Begründung zur Notwendigkeit des Elterngeldgesetzes¹³⁰ gar nicht mehr auf. Es ist daher fraglich, ob es im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Prüfung überhaupt herangezogen werden darf, weil grundsätzlich der Gesetzgeber und nicht das Bundesverfassungsgericht die Gesetzeszwecke bestimmt.¹³¹ Der Gesetzgeber hat vermutlich gut daran getan, dieses Begründungselement allenfalls im Sinne eines positiven Ne-

¹²⁵ K. Weilert, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (169); offenbar anders aber F. Brosius-Gersdorf, Das Elterngeld als Einkommensersatzleistung des Staates, NJW 2007, S. 177 (179ff.).

¹²⁶ Vgl. dazu wiederum A. III. 3.

¹²⁷ Kritisch diesbezüglich C. Seiler, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 (133).

¹²⁸ BT-Drucks. 16/1889, S. 1.

¹²⁹ Dafür explizit F. Brosius-Gersdorf, Das Elterngeld als Einkommensersatzleistung des Staates, NJW 2007, S. 177 (179ff.) und W. Kluth, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), S. 246 (279ff.); dagegen S. Baer, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), S. 290 (315ff.).

¹³⁰ BT-Drucks. 16/1889, S. 14ff.

¹³¹ H. D. Jarass, H.-D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 83; R. Wernsmann, Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm – Bundesverfassungsgericht oder Gesetzgeber?, NVwZ 2000, S. 1360 (1363f.).

benefekts¹³² am Rande mitlaufen zu lassen, weil die Geburtenrate sich seit der Einführung des Elterngeldes nicht positiv verändert hat, sondern im Gegenteil nach wie vor rückläufig ist.¹³³ Das ist auch kaum verwunderlich, da die niedrige Geburtenrate auch auf dem Umstand beruht, dass die Anzahl der Familien mit drei oder mehr Kindern nach wie vor sinkt¹³⁴ – eine Entwicklung, die das Elterngeld durch die Benachteiligung der Mehrfamilien auch noch perpetuiert! Selbst wenn man daher unterstellte, dass es sich bei der Steigerung der Geburtenrate um ein brauchbares und legitimes Ziel handelt, kann es daher im Folgenden außer Betracht bleiben.

- *Beeinflussung des Zeitpunkts der Entscheidung für Kinder.* In einem engen Zusammenhang mit dem demografischen Argument steht auch der Hinweis des Gesetzgebers, dass sich Männer und Frauen immer später für Kinder entscheiden.¹³⁵ Was daraus folgt und welchen Einfluss das Elterngeld auf diese Entscheidung haben soll, bleibt allerdings offen. Das dürfte den gleichen Hintergrund haben wie beim demografischen Argument: Die verfassungsrechtliche Legitimität von Maßnahmen, die auch noch den Zeitpunkt der Familienplanung zu steuern beanspruchen, ist fraglich, und der Effekt unsicher. Es ist jedenfalls ganz und gar unklar, wie das Elterngeld dazu beitragen soll, die Familienphase in der persönlichen Biografie nach vorne zu verschieben. Die Anknüpfung an ein möglichst hohes Erwerbseinkommen hat vielmehr den gegenteiligen Effekt. Da das Erwerbseinkommen erfahrungsgemäß mit den Beschäftigungsjahren (und etwa im öffentlichen Dienst auch immer noch mit dem Lebensalter) steigt, erzeugt es eher einen Anreiz zu einer späten

¹³² In diesem Sinne wohl auch BT-Drucks. 16/1889, S. 15: „Internationale Erfahrungen belegen, dass eine Familienpolitik, die die Vereinbarkeit von Beruf und Familie fördert, die Entscheidung von Männern und Frauen für Kinder erleichtert.“

¹³³ So wurden nach den Berechnungen des Statistischen Bundesamtes 2009 3,6% weniger Kinder geboren als noch 2008. Das liegt zwar auch daran, dass die Zahl der Frauen im gebärfähigen Alter sinkt, aber auch daran, dass auch die gebärfähigen Frauen immer weniger Babys bekommen, vgl. dazu http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2010/05/PD10__176__126,templateId=renderPrint.psml. Vgl. auch J. Grossarth, Wir und die Kinder, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 20. 11. 2010, S. 13 mit dem richtigen Hinweis, dass diese Entwicklung vor allem mit der fehlenden Bereitschaft der Männer zum Großziehen von Kindern zusammenhängt.

¹³⁴ Dazu B. Eggen/M. Rupp, Kinderreiche Familien, 2006, S. 30ff.

¹³⁵ BT-Drucks. 16/1889, S. 15.

Familienplanung. Das betrifft vor allem Akademiker, denen signalisiert wird, dass sie sich nicht unmittelbar nach dem Hochschulstudium, sondern erst nach dem Eintritt ins Erwerbsleben für Kinder entscheiden. Ungeachtet der Legitimität des Ziels ist das Gesetz daher jedenfalls ungeeignet, dieses zu erreichen.¹³⁶

- *Vereinbarkeit von Familie und Beruf.* Ein bedeutendes und ohne Zweifel verfassungsrechtlich legitimes Ziel ist es, die Wahlfreiheit von Eltern durch Maßnahmen zu verbessern, die es ermöglichen, Erziehungs- und Erwerbstätigkeit zu verbessern.¹³⁷ Gleiches gilt für das damit zusammenhängende Ziel, „dauerhafte Einbußen mit der Gefahr einer Abhängigkeit von staatlichen Fürsorgeleistungen“¹³⁸ zu vermeiden. Zwar begünstigen bei isolierter Betrachtung Fördermaßnahmen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf Doppelverdienerpaare, während Alleinverdienerpaare nicht profitieren. Die grundrechtlich geschützte eheliche und familiäre Gestaltungsfreiheit setzt aber voraus, dass grundsätzlich gleiche ökonomische Rahmenbedingungen für die unterschiedlichen Betreuungskonzepte bestehen.¹³⁹ Dieses Ziel, die tatsächlichen Voraussetzungen für Wahlfreiheit zu schaffen, ist ein politisch-funktionales Argument, das keine ethischen Vorrangentscheidungen enthält. Der Gesetzgeber fördert die Vereinbarkeit von Familie und Beruf und kompensiert damit auch die Versäumnisse aus der Vergangenheit, die ihrerseits darauf zurückzuführen sind, dass zuvor über Jahrzehnte einseitig die Alleinverdienerpaare als Idealmodell propagiert und gefördert worden war. Insoweit sind gerade Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf ein Beitrag zur Herstellung von Neutralität: Der Staat schafft die Rahmenbedingungen für eine freie Entscheidung über die Aufgabenverteilung in der Partnerschaft mit Kindern.

¹³⁶ Ebenso C. Seiler, Freiheits- und gleichheitsgerechte Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, FamRZ 2006, S. 1717 (1722); K. Weilert, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (170).

¹³⁷ Vgl. BVerfGE 99, 216 (234).

¹³⁸ BT-Drucks. 16/1889, S. 2.

¹³⁹ M. Tünnemann, Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie und die Förderung der Kindererziehung im Rahmen des staatlichen Kinderleistungsausgleichs, 2002, S. 254.

- *Entgeltersatz*. Das auch nach der Gesetzesbegründung entscheidende und für sich gesehen legitime Ziel des Elterngeldes ist die anteilige Kompensation des durch die Betreuung und Erziehung des Kindes ausfallenden Erwerbseinkommens.¹⁴⁰ Hingegen ist das frühere Ziel des Erziehungsgeldes einer bedarfsorientierten Sicherung in den ersten Lebensjahren des Kindes in den Hintergrund getreten. Zwar werden auch die vor der Geburt des Kindes nicht erwerbstätigen Eltern mit dem Mindestbetrag von 300 € gefördert. Das wesentliche Kriterium für die Höhe des Elterngeldes ist aber das entfallene Erwerbseinkommen und nicht mehr der Bedarf. Konsequenterweise gibt es daher auch keine Einkommensgrenzen für den Bezug des Elterngeldes.

Die Ziele der §§ 2 und 4 BEEG, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern und den durch die Kinderbetreuung bedingten Verlust des Einkommens zu kompensieren, sind daher legitim.

2. Geeignetheit

Die §§ 2 und 4 BEEG sind geeignet, wenn und soweit sie zur Erreichung der legitimen Ziele beitragen können.¹⁴¹

Hier besteht das Problem darin, dass die beiden für sich gesehen legitimen Ziele nicht zusammenpassen. Das Elterngeld ist als kurzfristige Einkommensersatzleistung konzipiert und wird daher für den kurzen Zeitraum gewährt, in dem sich das Problem, Familie und Beruf miteinander zu vereinbaren, gerade nicht stellt. Es leistet daher zwar einen Beitrag für die Kompensation von erziehungs- und betreuungsbedingten Einkommensverlusten, trägt aber nicht dazu bei, den (Wieder-)Einstieg in die Berufstätigkeit zu erleichtern. Insbesondere löst es nicht das eigentliche Problem des durch die Betreuung und Erziehung von Kindern entste-

¹⁴⁰ Insoweit zutreffend BSG, Urt. v. 19. 2. 2009 – B 10 EG 20/08 R (= NJOZ 2010, 1080), Rn. 30; Urt. v. 25. 6. 2009 – B 10 EG 8/08 R (= NJW 2010, 1478), Rn. 56 sowie R. Müller-Terpitz, Vätermonate und Kindergartenpflicht – wie viel Staat verträgt die Familie?, JZ 2006, S. 991 (996).

¹⁴¹ Vgl. zur Geeignetheit etwa BVerfGE 96, 102 (23); 103, 293 (307); 116, 202 (224).

henden „Karriereknicks“, der in vielen Fällen der eigentliche Grund für einen Verzicht auf Kinder sein dürfte.¹⁴² Bei einer repräsentativen Befragung von Akademikerinnen berichteten 45%, dass sie nach ihrer Auszeit weniger verdienten. 37 Prozent mussten Verantwortung für Managementaufgaben abgeben; bei 36 Prozent verschlechterte sich die Stellenbezeichnung. 53% der befragten Arbeitnehmerinnen fühlten sich stigmatisiert, wenn sie um flexible Arbeitsarrangements, Jobsharing oder Telearbeit bitten; ein Viertel von ihnen fürchtete sogar, ihrer Karriere zu schaden, wenn sie nur danach fragten.¹⁴³ Angesichts dieser Umfragen spricht Einiges dafür, dass insbesondere Akademikerinnen nicht etwa wegen eines Jahres ohne Erwerbseinkommen auf Kinder verzichten, sondern weil sich berufliche Anforderungen und Kindererziehung generell (d. h. nicht nur im ersten Jahr) nicht miteinander vereinbaren lassen.

Als Einkommensersatz ist das Elterngeld zwar grundsätzlich geeignet. Seine Ausgestaltung lässt es aber als fraglich erscheinen, ob es dazu beitragen kann, die Abhängigkeit von staatlichen Fürsorgeleistungen zu vermeiden.¹⁴⁴ Das Argument ist schon deshalb etwas überraschend, weil das Elterngeld selbst eine staatliche Fürsorgeleistung ist, die ausgerechnet denjenigen besonders zugutekommt, bei denen die Gefahr, in Abhängigkeit von staatlichen Sozialleistungen zu geraten, eher gering ist. Offenbar meint der Gesetzgeber, die Abhängigkeit von Sozialleistungen dadurch zu verhindern, dass das Elterngeld Wahlfreiheit zwischen Beruf und Familie schafft und damit wirtschaftliche Selbständigkeit fördert, welche wiederum die Abhängigkeit von Sozialleistungen vermeiden helfen kann.¹⁴⁵ Da das Elterngeld aber genau diesen Beitrag nicht leistet, trägt es auch nicht dazu bei, die Abhängigkeit von staatlicher Fürsorge zu verhindern.

¹⁴² K. Weiler, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (170).

¹⁴³ Vgl. Harvard Business Manager v. 27. 4. 2010, Karriereknick durch Babypause.

¹⁴⁴ So die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/1889, S. 2.

¹⁴⁵ BT-Drucks. 16/1889, S. 2.

Damit kann festgehalten werden, dass die §§ 2 und 4 BEEG im Hinblick auf das Ziel, Beruf und Familie miteinander zu vereinbaren, nicht geeignet sind.¹⁴⁶ Geeignet sind sie lediglich zur Kompensation von betreuungs- und erziehungsbedingten Einkommensverlusten. Allein dieses Ziel ist daher Gegenstand der nachfolgenden Prüfung der Erforderlichkeit und der Angemessenheit.

3. Erforderlichkeit

Allgemein ist ein Gesetz erforderlich, wenn es keine gleichermaßen geeigneten Alternativen gibt, die das betroffene Grundrecht weniger einschränken.¹⁴⁷ Eine Ungleichbehandlung ist erforderlich, wenn keine weniger belastende Differenzierung zur Verfügung stehen darf.¹⁴⁸

Es gibt zwar diverse Möglichkeiten, die Ungleichbehandlung zu beseitigen (etwa durch Wiedereinführung des Erziehungsgeldes) oder abzumildern (etwa durch Erhöhung des Mindestbetrages in § 2 Abs. 5 BEEG).¹⁴⁹ Die Ungleichbehandlung ließe sich etwa auch dadurch kompensieren, dass das Elterngeld als beitragsfinanzierte Entgeltersatzleistung ausgestaltet wird. Die höheren Leistungen an Personen mit höherem Einkommen wären dann durch entsprechend höhere Beiträge gedeckt. Doch sind das Mittel, die, verglichen mit dem rechtlichen Status quo, entweder die bislang Begünstigten oder den Staatshaushalt zusätzlich belasten, also insoweit dann kein milderer Mittel im Sinne des Erforderlichkeitsgrundsatzes sind. Außerdem geht es bei der Finanzierung des Elterngeldes um die Frage, mit welchen Mitteln der Zweck des Elterngeldes verfolgt werden darf; sie betrifft daher die Angemessenheit der Ungleichbehandlung.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Ebenso C. Seiler, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 (133f.); K. Weilert, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (170).

¹⁴⁷ BVerfGE 79, 179 (198); 100, 226 (241); 110, 1 (28).

¹⁴⁸ BVerfGE 91, 389 (403f.).

¹⁴⁹ Dazu K. Weilert, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Berechnung des Elterngeldes, DVBl. 2010, S. 164 (170f.).

¹⁵⁰ Dazu daher nachfolgend 4.

Bezogen auf den Zweck, die betreuungs- und erziehungsbedingten Einkommensausfälle zu kompensieren, sind die §§ 2 und 4 BEEG also auch erforderlich.

4. Angemessenheit

Das Gebot der Angemessenheit verlangt, dass das Maß der den Einzelnen treffenden Belastung in einem vernünftigen Verhältnis zum Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht;¹⁵¹ im Rahmen der Gleichheitsprüfung wird verlangt, dass die Differenzierungsgründe von solcher Art und solchem Gewicht sind, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.¹⁵²

a) Konkretisierungen: Folgerichtigkeit und Sachgesetzlichkeit

Für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen spielen insbesondere in der steuer- und sozialrechtlichen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts die Grundsätze der Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit und Sachgerechtigkeit eine bedeutende, wenn auch in der konkreten Reichweite nicht immer einheitliche Rolle.¹⁵³ Danach bedarf es für Ungleichbehandlungen, die von den im einfachen Recht zum Ausdruck kommenden, grundlegenden Systementscheidungen abweichen, hinreichender Gründe,¹⁵⁴ deren notwendiges Gewicht von der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung abhängt.¹⁵⁵

Es besteht also zwar keine Systembindung dergestalt, dass der Gesetzgeber nicht von vorhandenen einfach-rechtlichen Systementscheidungen abweichen dürfte.¹⁵⁶ Der Gesetzgeber darf, so das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur differenzierten Pendlerpauschale, „neue Regeln einzuführen, ohne durch Grundsätze der Folgerichtigkeit an frühere Grundent-

¹⁵¹ BVerfGE 65, 1 (54); 80, 297 (312); 118, 168 (195).

¹⁵² BVerfGE 108, 52 (68); 120, 125 (144).

¹⁵³ Zusammenfassung der Rechtsprechung etwa bei *U. Kischel*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2009, Art. 3 Rn. 87ff.; *L. Osterloh*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 98ff.

¹⁵⁴ BVerfGE 81, 156 (207); 85, 238 (247).

¹⁵⁵ So BVerfGE 67, 70 (84f.).

¹⁵⁶ *U. Kischel*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2009, Art. 3 Rn. 87.

scheidungen gebunden zu sein.“ Allerdings setze das voraus, „dass wirklich ein neues Regelwerk geschaffen wird.“ Die umfassende Gestaltungsfreiheit bei Entscheidungen für neue Regeln könne der Gesetzgeber dann nicht in Anspruch nehmen, „wenn solche neuen Regeln nach Ziel und Wirkung die Orientierung an alternativen Prinzipien nicht erkennen lassen. Einen zulässigen Systemwechsel kann es ohne ein Mindestmaß an neuer Systemorientierung nicht geben. Insbesondere dann, wenn bei im Übrigen unveränderten Grundentscheidungen eine von diesen abweichende Belastungsentscheidung lediglich in einem schmalen Teilbereich mit der Behauptung eines Systemwechsels begründet wird, bedarf es greifbarer Anhaltspunkte – etwa die Einbettung in ein nach und nach zu verwirklichendes Grundkonzept –, die die resultierende Ungleichbehandlung vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen können.“¹⁵⁷

b) Sachgesetzlichkeiten im Sozialrecht

Für die Prüfung der Angemessenheit der Ungleichbehandlung spielt also die durch das einfache Recht statuierte Sachgesetzlichkeit eine erhebliche Rolle.¹⁵⁸ Der normative Gehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes wird durch den konkreten Kontext bestimmt, der wesentlich durch das einfache Recht geprägt wird. Dieses ist nicht nur Grundlage für die Bildung der Vergleichsgruppen bei der Prüfung der Ungleichbehandlung, sondern auch für bereichsspezifische Konkretisierungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der allgemeine Gleichheitssatz hat dementsprechend in den einzelnen Rechtsgebieten zum Teil spezielle Konkretisierungen erfahren, so auch im Sozialrecht.¹⁵⁹ Weil das Elterngeld als Entgeltersatzleistung konzipiert wird und mit der Kompensation des betreuungs- und erziehungsbedingten Einkommensausfalls seinen wesentlichen legitimen Zweck findet, sind die Sachgesetzlichkeiten des Sozialrechts im Folgenden speziell unter dem Aspekt des Rechts der Entgeltersatzleistungen zu analysieren:

¹⁵⁷ BVerfG, NJW 2009, S. 48 (53).

¹⁵⁸ L. Osterloh, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 103.

¹⁵⁹ L. Osterloh, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 176ff.

aa) Das Recht der Entgeltersatzleistungen

Entgeltersatzleistungen dienen dem Ausgleich ausgefallenen Arbeitsentgelts und damit der Lebensstandardsicherung. Sie machen daher die Leistungshöhe abhängig von dem vor dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses (Versicherungsfall, Geburt eines Kindes etc.) bezogenen Erwerbseinkommen. Grundlegend für die Struktur des Sozialrechts und insbesondere auch für die Finanzierung der Entgeltersatzleistungen ist die Unterscheidung zwischen sozialer Vorsorge, sozialer Entschädigung und sozialer Fürsorge (sozialer Hilfe und Förderung).¹⁶⁰

- *Soziale Vorsorge* erfolgt durch die Sozialversicherung (§ 4 SGB I). Die fünf Zweige der Sozialversicherung sichern bestimmte typische Lebensrisiken (Arbeitslosigkeit im SGB III, Krankheit im SGB V, Alter und Erwerbsunfähigkeit im SGB VI, Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten im SGB VII und Pflegebedürftigkeit im SGB XI sowie die im SGB IX geregelte Behinderung) ab. Die Finanzierung erfolgt überwiegend durch Beiträge der Versicherten und der Arbeitgeber. Soweit auch Steuermittel fließen, dient das vor allem der Abgeltung für versicherungsfremde Leistungen (§§ 363 Abs. 1 SGB III, 221 Abs. 1 SGB V, 213 Abs. 3 SGB VI). Zwischen der Finanzierung der Leistungen durch Beiträge der Versicherten und den im Versicherungsfall zu beanspruchenden Leistungen besteht ein auch für die Gleichheitsprüfung relevanter Zusammenhang, der im versicherungsrechtlichen Äquivalenzprinzip zum Ausdruck kommt. Für Entgeltersatzleistungen bestimmt das Äquivalenzprinzip den „gleichheitsrechtlichen Abwägungsrahmen“¹⁶¹: Bei Arbeitnehmern ist die Höhe des Erwerbseinkommens maßgebend für die Höhe der Beiträge und diese bestimmen wiederum über die Höhe der im Versicherungsfall zu erbringenden Entgeltersatzleistungen. Dementsprechend beträgt das Arbeitslosengeld I nach § 129 SGB III 60 bzw. 67% des Nettoentgelts im relevanten Bemessungszeitraum, das Krankengeld 70%

¹⁶⁰ H. F. Zacher, Grundtypen des Sozialrechts, in: B. von Maydell/E. Eichenhofer (Hrsg.), Hans F. Zacher. Schriften zum Sozialrecht, 1993, S. 257 (268ff.); vgl. ferner etwa E. Eichenhofer, Sozialrecht, 7. Aufl. 2010, § 1 Rn. 12; G. Igl/F. Welti, Sozialrecht, 8. Aufl. 2007, § 2 Rn. 3; S. Muckel, Sozialrecht, 3. Aufl. 2009, § 4 Rn. 4; R. Waltermann, Sozialrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 64f.

¹⁶¹ L. Osterloh, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 187.

des regelmäßigen Arbeitsentgelts (§ 47 SGB V) und das Mutterschaftsgeld gar 100% des um die gesetzlichen Abzüge verminderten Nettoarbeitsentgelts (§ 200 Abs. 2 RVO). Ferner bemessen sich die Renten nach den persönlichen Entgeltpunkten, für die wiederum die Beitragszeiten und die Höhe der geleisteten Beiträge von entscheidender Bedeutung sind (§ 66 SGB VI). Schließlich ist auch für das Verletztengeld das vor dem Arbeitsunfall bezogene Erwerbseinkommen maßgebend (§ 47 SGB VII). Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist also einerseits Maßstab für die Heranziehung von Beiträgen; andererseits ist die durch den Versicherungsfall verursachte Einbuße an wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit Maßstab für die Berechnung von Entgeltersatzleistungen.¹⁶² Abweichungen vom einfachrechtlichen Äquivalenzprinzip sind zwar zulässig; sie bedürfen aber der Rechtfertigung, welche das Bundesverfassungsgericht etwa für die Einmalzahlungen (insbesondere das Weihnachtsgeld), die zwar bei der Beitragsbemessung, nicht aber bei der Höhe der Entgeltersatzleistung berücksichtigt wurden, verneint hat.¹⁶³

- *Soziale Entschädigung* wird bei Gesundheitsschäden erbracht, für deren Folgen der Staat in Abgeltung eines besonderen Opfers oder aus anderen Gründen nach versorgungsrechtlichen Grundsätzen einzustehen hat (§ 5 SGB I). Systemprägend ist insoweit das der Kriegsopferversorgung gewidmete Bundesversorgungsgesetz (BVG), auf das die weiteren Sondergesetze des sozialen Entschädigungsrechts (etwa die Opferentschädigung, § 1 OEG, und die Entschädigung für Impfschäden, § 60 IfSG) insbesondere im Hinblick auf die Rechtsfolgen und den Versorgungsumfang (§§ 9ff. BVG) verweisen. Das Recht der sozialen Entschädigung beruht auf dem Kausalprinzip, d. h. die Sozialleistung wird gewährt, weil die ihr zugrundeliegende Bedarfssituation auf eine bestimmte Ursache zurückzuführen ist.¹⁶⁴ Diese konkrete, als Sonderopfer definierte Ursache ist auch die Rechtfertigung dafür, dass das Recht der sozialen Entschädigung Entgeltersatzleistungen kennt. So

¹⁶² BVerfGE 92, 53 (71f.).

¹⁶³ BVerfGE 92, 53 (71f.); 112, 127 (142ff.).

¹⁶⁴ G. Igl/F. Welti, Sozialrecht, 8. Aufl. 2007, § 2 Rn. 4.

erhalten rentenberechtigte Beschädigte, deren Einkommen aus gegenwärtiger oder früherer Tätigkeit durch die Schädigungsfolgen gemindert ist, nach § 30 Abs. 3 BVG einen Berufsschadensausgleich in Höhe von 42,5% des auf volle Euro aufgerundeten Einkommensverlustes. Soziale Entschädigungsleistungen werden ausschließlich durch Steuern finanziert.

- *Soziale Fürsorge* wird teils durch soziale Hilfe für Bedürftige geleistet, die nicht in der Lage sind, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Kräften zu bestreiten und auch von anderer Seite keine Hilfe erhalten (§ 9 SGB I), teils in Gestalt der sozialen Förderung, die soziale Entfaltungsmöglichkeiten und Chancengleichheit herstellen soll (etwa Ausbildungsförderung, § 3 Abs. 1 SGB I, Wohngeld, § 7 SGB I, Kinder- und Jugendhilfe, § 8 SGB I). Grundtatbestand des Rechts der sozialen Fürsorge ist die Bedürftigkeit. Sie ist zunächst anspruchsbegründend: So setzen die Leistungen der sozialen Grundsicherung (also etwa auch das Arbeitslosengeld II, §§ 19ff. SGB II) nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB II durchweg Hilfsbedürftigkeit voraus. Hilfsbedürftig ist nach § 9 Abs. 1 SGB II, wer seinen Lebensunterhalt nicht durch Aufnahme einer zumutbaren Arbeit (§ 10 SGB II) oder durch zu berücksichtigendes Einkommen (§ 11 SGB II) oder Vermögen (§ 12 SGB II) bestreiten kann. Die Bedürftigkeit bestimmt aber auch über die Leistungshöhe: So mindert etwa nach § 19 S. 3 SGB II zu berücksichtigendes Einkommen und Vermögen die Leistungshöhe des Arbeitslosengeldes II. Bedürftigkeit ist darüber hinaus Voraussetzung auch für Leistungen der sozialen Förderung: So setzt ein ausbildungsförderungsrechtlicher Leistungsanspruch nach § 1 BAföG voraus, dass dem Auszubildenden die für seinen Lebensunterhalt und seine Ausbildung erforderlichen Mittel anderweitig nicht zur Verfügung stehen; dementsprechend werden vorhandenes Einkommen (§§ 21ff. BAföG) und Vermögen (§§ 26ff. BAföG) angerechnet und führen ggfs. zum Leistungsausschluss. Entsprechendes gilt etwa für das Wohngeld (§§ 3, 13ff. WoGG). Entgeltersatzleistungen kennt

das Recht der sozialen Fürsorge nicht. Seine Leistungen werden ausschließlich durch Steuern finanziert.

Diese Typologie des Sozialrechts lehnt sich an die Kompetenzordnung des Grundgesetzes an und ist damit systembildend auch für die Gleichheitsprüfung: Für die soziale Fürsorge besteht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG und für die Sozialversicherung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit, für die Kriegsopferversorgung als Prototyp des sozialen Entschädigungsrechts eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 13 GG. Diese Trias ist systemprägend auch für das Recht der Entgeltersatzleistungen:

- (1) Das Sozialversicherungsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) kennt beitragsfinanzierte Entgeltersatzleistungen.
- (2) Das soziale Entschädigungsrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 13 GG) enthält Entgeltersatzleistungen, die steuerfinanziert sind.
- (3) Das Recht der sozialen Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) enthält keine Entgeltersatzleistungen, weil es am Tatbestand der Hilfsbedürftigkeit anknüpft, der einen absoluten Bedarf definiert und nicht relativ mit Bezug auf ein früheres Einkommen bestimmt wird.

bb) Legitimation des Systemwechsels

Es ist nun zu analysieren, welche Auswirkungen diese Sachgesetzlichkeiten des Rechts der Entgeltersatzleistungen auf die Prüfung der Angemessenheit der durch die §§ 2 und 4 BEEG bewirkten Ungleichbehandlungen hat.

Das Bundessozialgericht hat die Bestimmungen mit dem Argument für verfassungsgemäß erklärt, die unterschiedliche Behandlung ergebe sich „zwanglos aus der Funktion des Eltern-

geldes als Einkommensersatz¹⁶⁵. Berücksichtigt man allerdings die für die Gleichheitsprüfung maßgebenden Systemstrukturen, so erschließen sich die Rechtfertigungsgründe für diese Ungleichbehandlung alles andere als „zwanglos“. Tatsächlich handelt es sich um eine klassische *petitio principii*: Das Bundessozialgericht stützt seine Rechtsauffassung (= Rechtfertigung der Ungleichbehandlung), auf eine Begründung, die ihrerseits rechtfertigungsbedürftig ist.¹⁶⁶ Es behauptet, was es noch nicht begründet hat und weicht damit der entscheidenden Frage aus, wie sich eine steuerfinanzierte Entgeltersatzleistung verfassungsrechtlich legitimieren lässt. Denn es ist ja gerade die Eigenschaft des Elterngeldes als Entgeltersatzleistung, die die rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung enthält, d. h. das Bundessozialgericht begründet die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung mit der Ungleichbehandlung selbst!

(1) Das Elterngeld in der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung

In Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber¹⁶⁷ verortet das Bundessozialgericht die Kompetenz für das BEEG in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge).¹⁶⁸

Der in der den Gemeinden obliegenden „Armenpflege“ wurzelnde Kompetenztitel¹⁶⁹ umfasst nicht nur den traditionellen Grundtatbestand sozialer Grundsicherungsleistungen, sondern ist offen auch für neue Sozialleistungen, die in ihren wesentlichen Strukturelementen dem Bild entsprechen, das durch die klassische Fürsorge geprägt ist, etwa auch vorbeugende Maßnahmen zur Verhinderung künftiger Hilfsbedürftigkeit.¹⁷⁰ Mit dieser Offenheit für neue Lebenssachverhalte, in denen es nicht nur um konkrete individuelle Bedarfslagen geht, meint das Bundessozialgericht eine Unterstellung des Elterngeldes unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG legi-

¹⁶⁵ BSG, Urt. v. 19. 2. 2009 – B 10 EG 20/08 R (= NJOZ 2010, 1080), Rn. 30; Urt. v. 25. 6. 2009 – B 10 EG 8/08 R (= NJW 2010, 1478), Rn. 56; ebenso etwa R. Müller-Terpitz, Vätermonate und Kindergartenpflicht – wie viel Staat trägt die Familie?, JZ 2006, S. 991 (996).

¹⁶⁶ Vgl. dazu E. Schneider/F. E. Schnapp, Logik für Juristen, 6. Aufl. 2006, § 50.

¹⁶⁷ BT-Drucks. 16/1889, S. 16f.

¹⁶⁸ BSG, Urt. v. 25. 6. 2009 – B 10 EG 8/08 R (= NJW 2010, 1478), Rn. 36ff.

¹⁶⁹ Dazu C. Pestalozza, in: H. von Mangoldt/F. Klein (Begr.), Das Bonner Grundgesetz Bd. 8, 3. Aufl. 1996, Art. 74 Rn. 308ff.

¹⁷⁰ BVerfGE 106, 62 (133).

timieren zu können; es handle sich um eine „vorbeugende Maßnahme zur Verhinderung künftiger Fürsorgemaßnahmen“¹⁷¹.

Das überzeugt nicht. Das Elterngeld knüpft gerade nicht am Tatbestand der Hilfsbedürftigkeit an, sondern es ist als Entgeltersatzleistung konzipiert und dient daher der Lebensstandardsicherung. Die vorrangige Förderung von Personen mit einem hohen Erwerbseinkommen passt daher auch nicht zu dem Ziel, künftige Bedürftigkeit zu verhindern.¹⁷² Hilfsbedürftigkeit, also eine Notlage,¹⁷³ ist indes unabdingbare Voraussetzung für die Aktivierung des Kompetenztitels.¹⁷⁴ Die Beispiele aus dem Kreis der „nicht klassischen Sozialleistungen“, die das Bundessozialgericht zur Unterfütterung seiner Auslegung heranzieht, sind durchweg ungeeignet, die Einschlägigkeit von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu begründen. Es handelt sich nämlich entweder um Leistungen, die alle Berechtigten in gleicher Höhe erhalten (so das Kindergeld als Kernbestandteil des Familienlastenausgleichs, das das Existenzminimum des Kindes steuerrechtlich freistellen soll¹⁷⁵), die sogar primär Bedürftigen zugutekommen (wie früher das nur Beziehern mit geringem Einkommen geleistete Erziehungsgeld¹⁷⁶), um soziale Entschädigungsleistungen (z. B. die Opferentschädigung), die zwar Entgeltersatzleistungen kennt, die aber spezifisch mit einem Sonderopfer zusammenhängen,¹⁷⁷ oder um Leistungen, die gar keine Sozialleistungen sind (Unterbringung). Keine dieser Leistungen taugt als Beispiel für die These, dass es sich beim Elterngeld tatsächlich um eine Leistung der öffentlichen Fürsorge im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG handelt.¹⁷⁸

¹⁷¹ BSG, Urt. v. 25. 6. 2009 – B 10 EG 8/08 R (= NJW 2010, 1478), Rn. 39.

¹⁷² Dazu näher oben I.

¹⁷³ C. Pestalozza, in: H. von Mangoldt/F. Klein (Begr.), Das Bonner Grundgesetz Bd. 8, 3. Aufl. 1996, Art. 74 Rn. 325.

¹⁷⁴ C. Pestalozza, in: H. von Mangoldt/F. Klein (Begr.), Das Bonner Grundgesetz Bd. 8, 3. Aufl. 1996, Art. 74 Rn. 325; C. Seiler, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2009, Art. 74 Rn. 24; R. Stettner, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 74 Rn. 44.

¹⁷⁵ D. Felix, Familienlastenausgleich, in: B. von Maydell/F. Ruland/U. Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. 2008, § 30 Rn. 6ff.

¹⁷⁶ Vgl. dazu oben B. I. 2. C).

¹⁷⁷ Vgl. unten (2).

¹⁷⁸ Ebenso C. Seiler, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 (129f.).

Nicht einwenden lässt sich auch, dass es bis Ende 2004 mit der Arbeitslosenhilfe eine auf die Sicherung des Lebensstandards zielende Sozialleistung gab, die ebenfalls unter den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG¹⁷⁹ fiel.¹⁸⁰ Bei der Arbeitslosenhilfe handelte es sich um eine steuerfinanzierte Sozialleistung, die jedenfalls zuletzt nur noch als Anschlussarbeitslosenhilfe geleistet wurde, d. h. sie kam nur in Betracht, wenn der Berechtigte innerhalb einer bestimmten Vorfrist das beitragsfinanzierte Arbeitslosengeld bezogen hatte (§ 190 Abs. 1 Nr. 4 SGB III a. F.). Zwar erfolgte die Bemessung der Arbeitslosenhilfe nach den gleichen Grundsätzen wie das Arbeitslosengeld (§ 195 SGB III a. F.), so dass die Einordnung als Entgeltersatzleistung zumindest nahelag. Es gab allerdings bedeutende Unterschiede zum Elterngeld: Die Arbeitslosenhilfe wurde von der früheren Bundesanstalt für Arbeit erbracht (§ 205 SGB III a. F.), womit der sachliche Zusammenhang mit der Sozialversicherungsleistung Arbeitslosengeld zum Ausdruck gebracht wurde, dessen Entgeltersatzfunktion wegen der Beitragsfinanzierung unstrittig war. Entscheidend war aber vor allem, dass die Arbeitslosenhilfe anders als das Elterngeld vom Tatbestand der Bedürftigkeit abhing (§§ 193, 194 SGB III a. F.), d. h. sie war davon abhängig, dass der notwendige Lebensunterhalt nicht auf andere Weise als durch die Arbeitslosenhilfe bestritten werden konnte. Aus eben diesem Grunde unterfiel sie auch der „öffentlichen Fürsorge“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG. Die Entgeltersatzleistung Elterngeld wird hingegen unabhängig von einer Bedürftigkeit erbracht, ja sie kommt sogar tendenziell den weniger Bedürftigen eher zugute als den Bedürftigen. Dass ein in der Armenpflege wurzelnder Kompetenztitel eine solche Sozialleistung an Wohlhabende tragen soll, erscheint schlechterdings ausgeschlossen.

¹⁷⁹ Zur insoweit gegebenen Einschlägigkeit von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG vgl. BVerfGE 81, 156 (186).

¹⁸⁰ So aber *K. Scheiwe/C. Fuchsloch*, Rechtspolitische Ziele und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Elterngeldes, ZRP 2006, 37 (40).

(2) Rechtfertigungsbedürftigkeit steuerfinanzierter Sozialleistungen

Die Auslegung der Kompetenzbestimmungen erzeugt zwar keine Systembindung im Hinblick auf die gleichheitsrechtliche Angemessenheitsprüfung. Der Sozialgesetzgeber kann von diesen Systemstrukturen abweichen, er muss aber den Systemwechsel hinreichend deutlich machen und ihn zumindest auf plausible Gründe stützen. Insoweit ist es von entscheidender Bedeutung, dass das Elterngeld aus Steuern finanziert wird und nicht, wie bei den sozialversicherungsrechtlichen Entgeltersatzleistungen, durch Beiträge der im Versicherungsfall Begünstigten. Das ist übrigens der entscheidende Unterschied zu den stets herangezogenen Vorbildern in Schweden und Norwegen, wo das Elterngeld gerade nicht aus Steuermitteln, sondern aus Sozialversicherungsbeiträgen bestritten wird.¹⁸¹ Es bedarf daher einer speziellen Rechtfertigung dafür, dass der Staat mit gesamtgesellschaftlichen Mitteln einzelne Personen unabhängig von eigenen Vorleistungen und in unterschiedlicher Höhe unterstützt.

Die Prüfung der mithin generell notwendigen Rechtfertigung steuerfinanzierter Sozialleistungen legt offen, dass die vorstehend skizzierte Typologie des Sozialrechts nicht nur die Kompetenzordnung abbildet, sondern eine Grundlage auch im materiellen Verfassungsrecht hat. In den bisherigen Systemstrukturen ist nämlich das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) die verfassungsrechtliche Grundlage für die Legitimation steuerfinanzierter Sozialleistungen. Es ermächtigt den Staat, Hilfe für Personen zu leisten, „die aufgrund ihrer persönlichen Lebensumstände oder gesellschaftlichen Benachteiligungen an ihrer persönlichen oder sozialen Entfaltung gehindert sind“¹⁸², d. h. die Legitimation für die Leistungen der Fürsorge ist der Tatbestand der Bedürftigkeit. Das Sozialstaatsprinzip trägt aber auch die Leistungen der sozialen Entschädigung. Es verlangt nämlich, dass „die staatliche Gemeinschaft in der Regel Lasten mitträgt, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal entstanden sind und mehr

¹⁸¹ Zutreffend *U. Becker*, in: H. Buchner/U. Becker (Hrsg.), Mutterschutzgesetz. Bundeselterngeldgesetz. Elternzeitgesetz, 8. Aufl. 2008, Vor §§ 1-14 BEEG, Rn. 14; vgl. auch *C. Seiler*, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 (129).

¹⁸² BVerfGE 100, 271 (284).

oder weniger zufällig nur einzelne Bürger oder bestimmte Gruppen von ihnen getroffen haben¹⁸³. Die Legitimation für die Steuerfinanzierung wird hier also aus der Ursache für die Schädigung abgeleitet (Kausalprinzip):¹⁸⁴ Nur unter dieser Voraussetzung eines Sonderopfers sind daher ausnahmsweise auch steuerfinanzierte Entgeltersatzleistungen zulässig.

Für das Elterngeld scheidet das Sozialstaatsprinzip hingegen als verfassungsrechtliche Differenzierungsermächtigung aus. Es bietet keine Grundlage für eine Regelung, die vorsieht, dass Eltern, die vor der Geburt eines Kindes ein hohes Einkommen hatten, eine höhere Sozialleistung erhalten, als Eltern ohne oder mit einem nur niedrigen Einkommen. Besonders bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das Elterngeldrecht keine Einkommensgrenzen aufstellt, d. h. auch der Einkommensmillionär erhält, wenn er sich zur Betreuung und Erziehung seines Kindes berufen fühlt, eine Sozialleistung von insgesamt 21.600 €. Das Elterngeldrecht produziert insoweit reine Mitnahmeeffekte ohne jegliche sozial- oder familienpolitische Wirkung. Die tatsächlich Bedürftigen sind hingegen regelmäßig diejenigen, die schon vor der Geburt des Kindes über kein oder ein nur geringes eigenes Einkommen verfügten. Ihr Elterngeldanspruch beträgt gleichwohl ganze 3600 € bzw. bei geringem Erwerbseinkommen entsprechend mehr, aber eben deutlich weniger als der den Besserverdienenden gezahlte Höchstbetrag. Regelungen, die derartige Umverteilungswirkungen von unten nach oben entfalten, lassen sich nicht auf das Sozialstaatsprinzip stützen. Auch im Übrigen ist kein verfassungsrechtlich relevanter Grund für eine steuerfinanzierte Entgeltersatzleistung ersichtlich. Der Gesetzgeber hat mit dem Elterngeld die bisher systembildenden Strukturen des Sozialrechts verlassen, er hat ein bestimmtes Modell der familiären Aufgabenverteilung in den Vordergrund gerückt und dadurch erhebliche Ungleichbehandlungen erzeugt, ohne dies in angemessener Weise begründet zu haben.

¹⁸³ BVerfGE 102, 254 (298).

¹⁸⁴ Vgl. oben aa) zum sozialen Entschädigungsrecht.

Eine steuerfinanzierte Sozialleistung, die sich nicht am gegenwärtigen Bedarf orientiert, sondern an Erwerbserfolge in der Vergangenheit anknüpft, ist damit insgesamt sachwidrig und unangemessen. Die §§ 2 und 4 BEEG sind folglich insgesamt unverhältnismäßig. Sie verletzen das ehe- und familienbezogene Neutralitätsgebot (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG) und sind damit verfassungswidrig.

C. Ergebnisse

I. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

- (1) Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG enthalten ein ehe- und familienbezogenes Neutralitätsgebot. Dabei schützt Art. 6 Abs. 1 GG als Freiheitsrecht die Entscheidung der Ehepartner über die Aufgabenverteilung in der Ehe, insbesondere darüber, wie sie Erwerbs- und Familienarbeit untereinander aufteilen. Die aus Art. 6 Abs. 1 GG folgende Wahlfreiheit wird durch den aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Anspruch auf grundsätzliche Gleichbehandlung aller durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Ehen und Familien ergänzt und zum Neutralitätsgebot vervollständigt: Art. 6 Abs. 1 GG schützt jede Ehe und jede Familie gleichermaßen.
- (2) Das Bundesverfassungsgericht hat die ehe- und familienbezogene Neutralität des Staates in einer Reihe von Entscheidungen vor allem durch den Abbau von Benachteiligungen von Doppelverdienererehen durchgesetzt. Das Neutralitätsgebot ist allerdings keine Einbahnstraße, sondern es beansprucht auch Beachtung, wenn es gilt, die Alleinverdienererehe vor Ungleichbehandlungen gegenüber der Doppelverdienererehe zu schützen.
- (3) Zwar folgt aus dem Neutralitäts- kein absolutes Differenzierungsverbot. Der Staat ist aber zur Begründungsneutralität verpflichtet. Er darf die unterschiedlichen Modelle ehelichen und familiären Zusammenlebens nicht intrinsisch bewerten, d. h. keine Regelungen treffen, die ethische Leitbilder über das „richtige“ und „gute“ Ehe- und Familienleben transportieren. Zulässig sind Differenzierungen hingegen, wenn sie auf politisch-funktionalen Begründungen fußen, etwa auf dem Argument eines besonderen Bedarfs der Mehrkindfamilie.

II. Verfassungswidrigkeit der §§ 2 und 4 BEEG

- (1) Die §§ 2 und 4 BEEG enthalten eine nach Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung. § 2 Abs. 1 S. 1 BEEG macht die Höhe des Elterngeldes von der Höhe des vor der Geburt des Kindes erzielten Einkommens abhängig. Er behandelt damit erziehende Elternteile, die vor der Geburt ein Einkommen erzielt haben, anders (nämlich besser) als solche, die kein Einkommen erzielt haben, und er behandelt auch diejenigen Elternteile, die ein hohes Einkommen erzielt haben, besser als diejenigen, die in den 12 Monaten vor der Geburt weniger verdient haben. Die am Erwerbseinkommen vor der Geburt anknüpfende Ungleichbehandlung wirkt sich auch auf den Bezugszeitraum (§ 4 BEEG) aus, weil auch die Inanspruchnahme der sog. Partnermonate voraussetzt, dass das Einkommen aus der Erwerbstätigkeit gemindert ist.
- (2) Die Vorschriften enthalten zugleich einen Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG. Sie stehen für das Leitbild einer erwerbsarbeitsorientierten Erziehung, in der die Betreuung und Erziehung eines Kindes als vorübergehende Störung einer im Dienste gesamtwirtschaftlicher Interessen stehenden Erwerbstätigkeit erscheinen. Zwar ist dieses Leitbild nicht unmittelbarer Regelungsgegenstand. Eingriffe sind aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch mittelbar wirkende, subkutane Regelungen, die geeignet sind, die Grundrechtsträger insbesondere durch finanzielle Anreizeffekte zu einer bestimmten Aufgabenverteilung in der Partnerschaft zu bewegen. Partner, die den durch die §§ 2 und 4 BEEG aufgestellten idealen Ablaufplan zwischen Familien- und Berufsplanung nicht verfolgen, erleiden erhebliche finanzielle Einbußen, insbesondere Mehrkindfamilien und junge Eltern. Die Erwerbsarbeitsorientierung des Elterngeldes unterstreicht insbesondere der Vergleich mit den Vorgängerbestimmungen im Bundeserziehungsgeldgesetz, die sich noch am Bedarf von Kind und Eltern, nicht aber am vorangegangenen Erwerbserfolg ausgerichtet hatten.

- (3) Der Gesetzgeber darf auch im Lebensbereich Ehe und Familie „Partei ergreifen“, muss sich dafür aber rechtfertigen. Insoweit kommt es darauf an, ob die Ungleichbehandlung und der Freiheitseingriff dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, d. h. es muss ein legitimes Ziel verfolgt werden und die Beeinträchtigungen müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein. Der Gesetzgeber unterliegt insoweit einem Begründungsverbot dahingehend, dass die Inanspruchnahme nicht intrinsisch bewertet darf, sondern Beeinträchtigungen nur auf politisch-funktionale Erwägungen gestützt werden dürfen.
- (4) Die Ziele des Gesetzes ergeben sich in unterschiedlicher Deutlichkeit und Konsistenz aus der Gesetzesbegründung. Das Ziel, zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf beizutragen, ist als solches ebenso legitim wie die Funktion des Elterngeldes als Entgeltersatz. Zur Steigerung der Geburtenzahl kann es hingegen nicht beitragen, hat es nicht beigetragen und soll es offenbar auch nicht beitragen. Wie es Paare beeinflussen soll, früher Kinder zu bekommen, bleibt einigermaßen unklar, weil das Gesetz mit der Anknüpfung an das Erwerbseinkommen just einen gegenläufigen Anreiz setzt.
- (5) Die §§ 2 und 4 BEEG sind lediglich geeignet, das durch die Betreuung und Erziehung entgangene Erwerbseinkommen zum Teil zu kompensieren. Zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf trägt es hingegen nicht bei, weil es gerade in dem Zeitraum gewährt wird, in dem sich dieses Problem nicht stellt. Einen Beitrag zur Verhinderung des durch Kinder bedingten beruflichen „Karriereknicks“, der in vielen Fällen der eigentliche Grund für den Verzicht auf Kinder ist, vermag es ohnehin nicht zu leisten.
- (6) Im Hinblick auf das einzige verbliebene Ziel, den Entgeltersatz für die Betreuung und Erziehung des Kindes, sind die §§ 2 und 4 BEEG zwar erforderlich, aber nicht angemessen. Insoweit spielen die durch das einfache Sozialrecht geprägten Sachgesetzlichkeiten eine entscheidende Rolle. Eine der insoweit wesentlichen, auch in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes zum Ausdruck kommenden Unterscheidungen ist die Differenzierung zwi-

schen beitrags- und steuerfinanzierten Sozialleistungen. Das überwiegend beitragsfinanzierte Sozialversicherungsrecht kennt zwar mit dem Elterngeld vergleichbare Entgeltersatzleistungen, deren Höhe von dem Erwerbseinkommen abhängt, das vor Eintritt des Versicherungsfalles bezogen wurde. Diese Ungleichbehandlung ist aber durch das Versicherungsprinzip nicht nur gerechtfertigt, sondern angezeigt, weil auch die Höhe der Beiträge bis zu einer Beitragsbemessungsgrenze proportional zum Erwerbseinkommen steigt.

(7) Steuerfinanzierte Sozialleistungen bedürfen, weil von der Gesamtgesellschaft finanziert, einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Grundlage ist insoweit das Sozialstaatsprinzip: Es berechtigt und verpflichtet den Staat zur Unterstützung im Falle der Bedürftigkeit (Fürsorge) und zur Tragung von Lasten, die Einzelnen aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal entstanden sind (Entschädigung). Das Sozialstaatsprinzip rechtfertigt aber keine Entgeltersatzleistung, die ohne jegliche Vorleistung seitens der Berechtigten Personen mit einem vor der Geburt des Kindes höheren Einkommen besser stellt als solche mit einem niedrigen oder gar keinem Einkommen, obwohl gerade dieser Personenkreis tendenziell bedürftiger ist.

(8) Das Elterngeld ist als einzige nicht-kausale steuerfinanzierte Entgeltersatzleistung ein Fremdkörper im deutschen Sozialrecht. Es transportiert das einseitige Leitbild einer erwerbsarbeitsorientierten Erziehung und ist damit ebenso verfassungswidrig wie es die vielen Rechtsvorschriften waren, die vom nicht minder einseitigen Leitbild der Hausfrauenehe geprägt waren. Das Bundesverfassungsgericht sollte die gute Tradition seiner Rechtsprechung fortsetzen und auch die neuen Neutralitätsverletzungen im Bereich von Ehe und Familie für verfassungswidrig erklären.

Regensburg, 22. 12. 2010



Prof. Dr. Thorsten Kingreen