

Prof. Dr. Christian Seiler  
Universität Erfurt

## **Stellungnahme zum Elterngeld<sup>1</sup>**

### **I. Aufwertung der Erziehungsleistung und Herstellung faktischer Wahlfreiheit**

Die Familienpolitik<sup>2</sup> steht gegenwärtig unter anderem vor der Aufgabe, sowohl die allgemeinwohlförderliche Erziehungsleistung junger Eltern ausgleichend anzuerkennen<sup>3</sup> als auch eine faktische Wahlfreiheit im Sinne einer Durchlässigkeit und Vereinbarkeit von Familie und Beruf<sup>4</sup> zu ermöglichen. Bei alledem verpflichtet Art. 6 GG den Staat zu strikter Neutralität gegenüber der familieninternen Aufteilung von Familien- und Erwerbstätigkeit<sup>5</sup>, so daß er weder tradierte Rollenmodelle verfestigen noch neue Leitbilder aufstellen dürfte.<sup>6</sup>

Diesen Zielen kann und soll ein an den spezifischen Bedürfnissen junger Eltern ausgerichtetes Erziehungseinkommen oder Elterngeld für erziehende Elternteile dienen.<sup>7</sup> Es sollte dabei in Rechnung stellen, daß die Entscheidung, die eigene Berufstätigkeit um der Kindererziehung

---

<sup>1</sup> Grundlage der folgenden Ausführungen ist der Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889.

<sup>2</sup> Hierzu *Christian Seiler*, Bevölkerungsentwicklung und Familienpolitik, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Band IV, 3. Auflage (erscheint demnächst).

<sup>3</sup> BVerfGE 99, 216 (234) (zum Betreuungsbedarf im Steuerrecht): „Die Kinderbetreuung ist eine Leistung, die auch im Interesse der Gemeinschaft liegt und deren Anerkennung verlangt.“

<sup>4</sup> BVerfGE 99, 216 (234) (Betreuungsbedarf): „Der Staat hat dementsprechend dafür Sorge zu tragen, daß es Eltern gleichermaßen möglich ist, teilweise und zeitweise auf die 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 eines beruflichen Aufstiegs während und nach Zeiten der Kindererziehung ermöglicht und daß die Angebote der institutionellen Kinderbetreuung verbessert werden.“

<sup>5</sup> In diesem Sinne bereits BVerfGE 6, 55 (81 f.); ferner BVerfGE 61, 319 (346 f.) (zu verwirklichen durch das Ehegattensplitting); E 99, 216 (231 ff.) (Betreuungsbedarf unabhängig von Erwerbstätigkeit steuerrechtlich abzugsfähig).

<sup>6</sup> Ausführlicher zum Folgenden *Christian Seiler*, Freiheits- und gleichheitsgerechte Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, FamRZ 2006 (erscheint demnächst).

<sup>7</sup> Eingehende Darstellung der verschiedenen Reformmodelle bei *Margit Tünnemann*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie und die Förderung der Kindererziehung im Rahmen des staatlichen Kinderleistungsausgleichs, 2002, S. 208 ff. (218 ff.). Vgl. auch *Kirsten Scheiwe/Christine Fuchsloch*, Rechtspolitische Ziele und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Elterngeldes, ZRP 2006, S. 37 ff.

willen zurückzustellen, zu ökonomischen Nachteilen, aber auch zum Verlust von vor allem im Berufsleben zu erzielender gesellschaftlicher Anerkennung führt. Ein Elterngeld könnte beide Nachteile entschärfen und sich auf diese Weise als ein doppelt sinnvoller Baustein sozialstaatlicher Familienförderung erweisen. Zum einen könnte es durch eine Kompensation etwaiger Verdienstauffälle die für die Motivbildung nicht unerheblichen kurzfristigen Opportunitätskosten der Entscheidung zum Kind senken. Zum anderen und vor allem löst es sich von einem an dieser Stelle mißverstandenen sozialstaatlichen Denken, das die Erziehungsleistung mit dem geltenden einkommensabhängigen Erziehungsgeld ausschließlich zum Anlaß mildtätiger Förderung allein sozial Schwacher nimmt und sie dadurch gedanklich abwertet. Stattdessen eröffnet ein Elterngeld die Möglichkeit, die gemeinwohlförderliche Leistung aller Eltern durch ein von der Allgemeinheit zu tragendes Entgelt zu honorieren.

## **II. Verfassungsrechtliche Bedenken**

### *1. Gesetzgebungskompetenz*

Diese rechtspolitischen Zielsetzungen entbinden den Gesetzgeber allerdings nicht von den Vorgaben des Grundgesetzes für ihre konkrete Umsetzung und Ausgestaltung.

Näher zu betrachten ist zunächst die Inanspruchnahme einer Gesetzgebungskompetenz durch den Bund. Der Regierungsentwurf stützt sich auf die konkurrierende Bundeskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, die den Bundesgesetzgeber in die Lage versetzt, Vorschriften auf dem Gebiet der „öffentlichen Fürsorge“ zu erlassen. Der Begriff erfaßt den gesamten Bereich des Sozialrechts und wird demgemäß nicht eng ausgelegt. Einbezogen werden auch neue Lebenssachverhalte, sofern sie in ihren wesentlichen Strukturelementen dem Bild entsprechen, das durch die „klassische Fürsorge“ geprägt ist.<sup>8</sup> Neben monetären Transfers zur Abhilfe bei bestehenden allgemeinen oder besonderen Notlagen kommen auch vorbeugende Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Hilfsbedürftigkeit in Betracht.<sup>9</sup> Ferner kann nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine sonstige Hilfsbedürftigkeit<sup>10</sup> Anlaß zu Maßnahmen der öffentlichen Fürsorge geben. Insbesondere eignet sich Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG als Kompetenztitel zur sozialstaatlichen Familienförderung.

---

<sup>8</sup> BVerfGE 106, 62 (133) (Altenpflege).

<sup>9</sup> BVerfGE 106, 62 (134) (Altenpflege).

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 31, 113 (117) (Verbreitung jugendgefährdender Schriften); E 42, 263 (281 f.) (Contergangeschädigte).

Demgemäß kommt Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG grundsätzlich als Kompetenznorm für ein Elterngeld in Betracht. Allerdings kann es auf diese Rechtsgrundlage gestützt nur als Maßnahme staatlicher Fürsorge, das heißt als Sozialleistung bewertet werden, die ihren Maßstab folgerichtig im Bedarfsgedanken finden muß. Insofern erweckt die konkrete Ausgestaltung des Elterngeldes nicht unerhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, weil sie als erwerbsbezogene Lohnersatzleistung gerade nicht an einen durch die Erziehungsaufgabe begründeten Bedarf im Bezugszeitraum, erst recht nicht an eine besondere persönliche Hilfsbedürftigkeit der Empfänger, sondern an eine frühere Berufstätigkeit anknüpft, deren Erwerbseinkommen bedarfsunabhängig ersetzt und damit – ökonomisch betrachtet – verlängert werden soll.

Letztlich kann diese Frage vorliegend unbeantwortet bleiben, weil selbst bei Annahme einer konkurrierenden Bundeskompetenz zur Gesetzgebung die zusätzlich zu prüfenden einschränkenden Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG fehlen. Nach dieser durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG auch prozessual abgesicherten Vorschrift darf der Bund von seiner Kompetenz nur Gebrauch machen, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“. Das Bundesverfassungsgericht legt bei der Überprüfung dieser 1994 neu und bewußt restriktiv gefaßten Verfassungsbestimmung strenge materielle Maßstäbe an und gewährt dem Gesetzgeber zudem nur einen sehr eng umgrenzten Prognosespielraum.<sup>11</sup> Die nach dem ersten Fall von Art. 72 Abs. 2 GG anzustrebende „Gleichwertigkeit“ (nicht: Einheitlichkeit) der Lebensverhältnisse wird hiernach nicht bereits durch jede Unterschiedlichkeit familienpolitischer Leistungen, sondern „erst dann bedroht, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet“<sup>12</sup>. Auch die zu wahrende Rechtseinheit (Art. 72 Abs. 2 2. Fall GG) wendet sich nicht gegen eine Vielfalt landesrechtlicher Regelungen an sich, sondern nur gegen „eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen ... , die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann“<sup>13</sup>, wobei gerade die Unterschiedlichkeit oder das Fehlen landesrechtlicher Regelungen die Erhaltung einer funktionsfähigen Rechtsgemeinschaft bedrohen müssen. Die Wahrung der Wirtschaftseinheit (Art. 72 Abs. 2 3. Fall GG) liegt schließlich im gesamtstaatlichen Interesse, „wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des

---

<sup>11</sup> Grundlegend BVerfGE 106, 62 (135 ff.) (Altenpflege); bestätigend BVerfGE 111, 226 (246 ff.) (Juniorprofessur).

<sup>12</sup> BVerfGE 106, 62 (144) (Altenpflege).

<sup>13</sup> BVerfGE 106, 62 (145) (Altenpflege).

Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtsetzung geht<sup>14</sup>. Schließlich muß das zu erlassende Gesetz in allen drei Fällen nach Art („wenn“) und Maß („soweit“) „erforderlich“ zur Erfüllung der jeweiligen Zielvorgabe sein, die mithin ohne das Gesetz nicht oder nicht hinreichend erreicht werden könnte; bei lediglich gleicher Eignung gebührt den Ländern der Vorrang.<sup>15</sup>

Diesen strengen, gerichtlich in sehr weitem Umfang nachprüfbar Anforderungen kann die Inanspruchnahme der konkurrierenden Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG wohl nicht genügen. Auch ohne das Elterngeld und selbst bei hypothetischer Annahme unterschiedlicher Landeselterngelder dürften weder eine das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigende Ungleichwertigkeit der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet noch eine Gefahr für die Rechts- oder Wirtschaftseinheit zu befürchten sein.<sup>16</sup> Der Bund ist mithin nicht zur Gesetzgebung befugt. Ein etwaiger (politisch unwahrscheinlicher) Antrag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG hätte gute Erfolgsaussichten.

## *2. Art. 3 GG*

Neben der Kompetenzgrundlage sind vor allem die Kompetenzausübungsschranken der Grundrechte zu wahren. Im Bereich der freiheitsrechtlich eher konturenarm vorgezeichneten Leistungsverwaltung gewinnt der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) besondere Bedeutung. Während sich die Differenzierung zwischen Eltern und Kinderlosen bereits durch das Fördergebot aus Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigt, bedarf die durch die Ausgestaltung des Elterngeldes als grundsätzlich einkommensabhängige Lohnersatzleistung bedingte Ungleichbehandlung verschiedener Eltern eines zusätzlichen Rechtfertigungsgrundes.

Diese erwerbsbezogene Konzeption verfolgt das Ziel, die kurzfristigen Opportunitätskosten der Geburt eines Kindes zu senken. Der Gesetzgeber folgt damit dem Vorbild der schwedischen Elternversicherung und lehnt sich bei dessen Übernahme in das deutsche Sozialrecht ersichtlich an die vorhandenen Lohnersatzleistungen der Sozialversicherungen an. Anders als jene beruht das Elterngeld indes nicht auf individuell zugeordneten Anwartschaften, die der einzelne durch lohnabhängige Beiträge erworben hat, die deswegen einen späteren höheren Leistungsbezug als Äquivalent einer größeren früheren Eigenleistung rechtfertigen. Es wird vielmehr aus Steuergeldern bezahlt. Als derart von der Allgemeinheit der

---

<sup>14</sup> BVerfGE 106, 62 (146) (Altenpflege).

<sup>15</sup> BVerfGE 106, 62 (149) (Altenpflege).

<sup>16</sup> Nur floskelhaft dagegen die Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 36.

Steuerzahler finanzierte Sozialleistung löst sich das Elterngeld finanzverfassungsrechtlich betrachtet aus jedem vorgefundenen unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang zum früheren, in der Regel privatwirtschaftlich erworbenen Einkommen. Die ausschlaggebende Frage lautet deswegen, ob der Sozialstaat im Rahmen seines offenen Auftrags zur Familienförderung (Art. 6 Abs. 1 GG), dem der Bund vorliegend auf der Grundlage seiner Zuständigkeit zur öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) nachkommen will, mit dem Opportunitätskostenansatz einen solchen Bezug zu früheren Erwerbserfolgen legislativ konstruieren darf. Im Lichte der Wertentscheidung des Art. 6 GG<sup>17</sup> muß dem Staat jedoch jedes Kind gleichermaßen willkommen sein, so daß als Unterscheidungsmerkmal lediglich die elterliche Erziehungsleistung in Betracht kommen kann. Da diese jedoch nicht qualitativ bewertbar ist, dürfte der Gesetzgeber allenfalls nach der Kinderzahl, nicht aber nach der Höhe eines vorherigen Einkommens differenzieren. Insbesondere müßte auch eine Umdeutung des einkommensabhängig steigenden Elterngeldes in eine typisierte Differenzierung nach dem Ausbildungsstand der Eltern und damit in eine bevorzugte Förderung der Geburt bestimmter besonders „wünschenswerter“ Kinder („Akademikerkinder“) von vornherein ausscheiden. Grundgesetzlich zulässig, wenn auch keinesfalls zwingend wäre höchstens umgekehrt eine sozialstaatlich begründete Beschränkung des Elterngeldes auf einkommensschwache Familien. Insgesamt läßt sich die Ausrichtung eines steuerfinanzierten Elterngeldes am im konkreten Zusammenhang sachfremden Kriterium vergangener Erwerbserfolge statt am Bedarfsgedanken im Leistungszeitraum wohl kaum mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbaren. Verfassungsbeschwerden benachteiligter Eltern gegen die Ungleichbehandlung gleichwertiger Erziehungsleistungen ebenso wie eine abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht dürften folglich gute Aussichten auf Erfolg haben.

### *3. Art. 6 GG*

Schließlich sind die mit dem Elterngeld mittelbar angestrebten Lenkungswirkungen an den Freiheitsrechten zu messen. Art. 6 Abs. 1 GG verbürgt ein subjektives Abwehrrecht, welches das Familieninternum gegen staatliche Einflußnahmen abschirmt. Insbesondere ist der Staat zur Neutralität gegenüber der rein innerfamiliären Aufteilung von Familienarbeit und Erwerbstätigkeit verpflichtet<sup>18</sup>, auf die er weder unmittelbar noch mittelbar Einfluß nehmen darf. Folglich darf ein Elterngeld lediglich als unterstützendes Angebot ausgestaltet werden,

---

<sup>17</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 55 (71 f.) (Haushaltsbesteuerung).

<sup>18</sup> So bereits BVerfGE 6, 55 (81 f.) (Haushaltsbesteuerung); ferner BVerfGE 61, 319 (346 f.) (Ehegattensplitting); E 99, 216 (231) (Betreuungsbedarf).

die Freiheitsberechtigten aber nicht zu einer bestimmten Freiheitswahrnehmung drängen. Vor diesem Hintergrund ist der mehrfach verhaltensbezogene Grundansatz des Elterngeldes zu untersuchen.

Erstens bringt der Opportunitätskostenansatz die politisch vermutlich gewünschte Nebenwirkung mit sich, daß Doppelverdienerpaare und zuvor berufstätige Alleinerziehende in erheblichem Umfang gefördert werden, wogegen Einverdienerfamilien wie Erwerbslose gestellt und auf einen geringen Sockelbetrag verwiesen werden. Letzteres gilt selbst dann, wenn der zuletzt nicht erwerbstätige Elternteil allein wegen der Erziehung eines vorherigen Kindes nicht oder jedenfalls nicht schnell genug<sup>19</sup> in den Beruf zurückgekehrt ist. Das Elterngeld stellt sich auf diese Weise zugleich als Prämie für eine bestimmte Familienform dar, was sich, weil die Grundrechte Individualrechte sind, nicht allein durch die zahlenmäßige Häufigkeit rechtfertigt, mit der die Menschen dieses Lebensmodell wählen oder zumindest wünschen.<sup>20</sup> Ausschlaggebend ist wohl eher, daß das Elterngeld darauf verzichtet, diesen zu vermutenden Hintergedanken unmittelbar zum Tatbestandsmerkmal zu wählen. Es überschreitet deswegen (vom geschilderten Gleichheitsverstoß<sup>21</sup> abgesehen) noch nicht den im Bereich der Leistungsverwaltung sehr weiten freiheitsrechtlichen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.

Zweitens will der Gesetzgeber auf die Aufteilung der Erziehungsverantwortung zwischen den Eltern einwirken. Die gesetzliche Aufteilungsregel<sup>22</sup> soll sicherstellen, daß der jeweils andere Elternteil, in der Praxis zumeist der Vater, für mindestens zwei Monate die gesamte Erziehungsleistung übernimmt („Partner-“ oder ehrlicher „Vätermonate“), während der zuvor aussetzende Elternteil, das heißt regelmäßig die Mutter, früher in die Erwerbstätigkeit zurückkehren kann. Diese Regelung soll die Eltern offensichtlich zu einem nach der Konzeption des Gesetzgebers „richtigen“ Familienleben erziehen und wahrt daher den nach der grundgesetzlichen Wertentscheidung an sich angezeigten Respekt vor der autonomen Entscheidung der Eltern nur ungenügend. Gleichwohl ist das Elterngeld nicht aus diesem Grund verfassungswidrig. Dies belegt die hypothetische Alternative eines jedem Elternteil gewährten siebenmonatigen, dabei im Umfang von fünf Leistungsmonaten übertragbaren Erziehungsgeldes, das mit dieser positiven Formulierung den Anspruchsverlust bei nicht konformem Verhalten

---

<sup>19</sup> Vgl. § 2 Abs. 4 BEEG (Entwurf).

<sup>20</sup> Unmaßgeblich sind deshalb die statistischen Angaben in der Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 32.

<sup>21</sup> Siehe soeben.

<sup>22</sup> § 4 Abs. 3 BEEG (Entwurf).

vermiede und deshalb insofern grundgesetzkonform wäre, das folglich auch nicht allein durch andere Gesetzesformulierungen verfassungswidrig werden könnte.

Drittens erzeugt die nicht mit der im gleichen Gesetz geregelten Elternzeit abgestimmte Bezugsdauer des Elterngeldes gewisse Verwerfungen, welche eine Inanspruchnahme der gesamten Elternzeit unattraktiver machen können und wohl auch sollen. So bringt die zeitliche Befristung der Lohnersatzleistung ab dem Zeitpunkt ihres Wegfalls umgekehrte Opportunitätskosten einer Nichtrückkehr ins Erwerbsleben mit sich, die zwar auch ohne das Elterngeld einträten, aber erst durch seine vorherige Gewährung bewußt und damit womöglich psychologisch wirksam werden könnten. Möglicherweise vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt<sup>23</sup>, dafür aber wirkungsvoller dürfte das Zusammenspiel mit der Aufteilungsregel („Partnermonate“) sein. Möchte nämlich der eine Elternteil, meistens die Mutter, die gesamte Elternzeit nutzen, scheidet eine zwischenzeitliche nur kurzfristige Berufstätigkeit in der Regel aus praktischen Gründen aus, nicht zuletzt weil der Arbeitgeber vor unüberwindbaren Organisationsproblemen stünde. Genügt nun die Lohnersatzleistung für den anderen Elternteil nicht, um den Familienunterhalt zu bestreiten, stehen die Eltern faktisch vor der Alternative, entweder auf das Elterngeld (immerhin max. 3.600 €) oder auf die restliche Elternzeit zu verzichten. Beide Wirkungen gemeinsam dürften die Inanspruchnahme der gesamten Elternzeit erschweren.<sup>24</sup> Dieses Ergebnis sollte nicht damit begründet werden, der Gesetzgeber schütze die Betroffenen, in der Mehrzahl Frauen, vor den Nachteilen eines zu langen Ausscheidens aus dem Erwerbsleben („Karriereknick“)<sup>25</sup>, weil ebendiese Nachteile aus dem im selben Gesetz geregelten freiheitserweiternden Angebot der Elternzeit folgen, das nicht angenommen zu werden braucht, dessen gleichzeitige Erschwerung folglich weder frauen- noch freiheitsfreundlich, sondern allenfalls widersprüchlich ist. Gleichwohl macht die erschwerte Inanspruchnahme der vollen Elternzeit (für sich betrachtet) das Elterngeld noch nicht verfassungswidrig, vor allem weil die gesetzliche Elternzeit als solche nicht verfassungsfest ist, deshalb auch verkürzt werden dürfte (was nach der Rationalität des Elterngeldes sogar konsequent, aber familienfeindlich wäre). Insgesamt bedrängt das Elterngeld die Eltern nicht

---

<sup>23</sup> Vgl. aber die Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 48: andeutungsweise hergestellter Zusammenhang zwischen den „Partnermonaten“ und einem Anreiz zur schnelleren Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit.

<sup>24</sup> Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 39: Zu erwarten sei „ein spürbares Absinken der durchschnittlichen Verweildauer in Elternzeit“.

<sup>25</sup> Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 31.

intensiv genug in ihrer unabhängig von staatlich eröffneten Vorteilen bestehenden Autonomie, um bereits als rechtfertigungsbedürftiger Freiheitseingriff qualifiziert zu werden.

### **III. Rechtspolitische Einwände**

#### *1. Sozialinterventionistischer Grundansatz*

Das Elterngeld geht von einem Staats- und Gesellschaftsbild aus, nach dem der Staat nicht nur günstige Rahmenbedingungen schaffen kann und soll, innerhalb derer Familie gelebt wird, das vielmehr eine aktive staatliche Gestaltung auch dieses Lebensbereiches für möglich und sinnvoll hält.

Dies belegen zunächst die geschilderten verhaltenslenkenden Motive des Elterngeldes. Sie widersprechen zwar nicht dem Grundgesetz, sind aber in ihrem sozialgestalterischen Bemühen auch nicht Ausdruck seines an sich freiheitlichen Grundanliegens. Das Elterngeld versteht die Familie nicht, wie es im Lichte des Freiheitsrechts aus Art. 6 GG wohl näher gelegen hätte, primär als Raum der Persönlichkeitsentfaltung von Eltern und Kindern, den der Staat fördern und unterstützen, in seiner internen Ausgestaltung hingegen der Autonomie der Freiheitsberechtigten überlassen sollte. Stattdessen geht es von einem neuen Leitbild „richtigen“ Familienlebens in Gestalt der Doppelverdienerfamilie (sowie der Familie Alleinerziehender und ihrer Kinder) aus, auf das der Staat aktiv gestaltend hinzuwirken versucht. Auch wenn viele Eltern dieses Lebensmodell verwirklichen möchten und es für nicht wenige von ihnen sogar ökonomisch unverzichtbar ist, weshalb der Staat die Voraussetzungen für eine entsprechende Wahl schaffen sollte, läßt das Elterngeld doch den Respekt gegenüber jenen Eltern vermissen, die sich entschieden haben, ihre Freiheit anders zu verwirklichen. „Wahlfreiheit“ meint dagegen die Offenheit der Alternative, zu verstehen im Sinne gleichzeitiger individueller Vereinbarkeit, lebensphasenabhängiger Durchlässigkeit und freier familieninterner Aufteilbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit.

Näher zu betrachten ist daneben die mit dem Elterngeld ebenfalls verbundene Zielsetzung, junge Menschen durch das Elterngeld (früher) für die Entscheidung zum Kind gewinnen zu wollen.<sup>26</sup> So erscheint bereits die Ausgangsannahme eines solchen sozialinterventionistischen Denkens, derartige höchstpersönliche Entscheidungen überhaupt in nennenswertem Umfang staatlich beeinflussen zu können, als zumindest fragwürdig. Aber selbst auf der Grundlage der

---

<sup>26</sup> Vgl. die Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 32 f.

Prämisse, der Mensch entscheide bei seiner Familienplanung in erster Linie als homo oeconomicus, scheint die konkret gewählte Ausgestaltung nur bedingt geeignet, dieses Ziel zu befördern, und könnte sogar teilweise kontraproduktiv wirken. Denn um die Vorteile des Elterngeldes zu optimieren, müßten junge Erwachsene ihre Familiengründung möglichst auf einen späteren Zeitpunkt mit dann höherem Einkommen verschieben, zu dem biologische Gründe sie jedoch zu einem Verzicht auf (mehrere) Kinder zwingen könnten. Hingegen würde etwa eine Studentin den niedrigen Sockelbetrag kaum als Kompensation für die ihr durch einen erziehungsbedingten Aufschub ihres Studiums entstehenden Nachteile ansehen, vielmehr – wie bisher – darauf achten, Familie und Ausbildung nicht vereinbaren zu müssen.

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob das Elterngeld wirklich vorrangig dem Zweck dient, junge Menschen für Familie zu gewinnen.<sup>27</sup> Abgesehen von seiner unmittelbaren und mittelbaren Gegenfinanzierung<sup>28</sup>, die in der Summe eine Mehrbelastung der Gesamtheit der Familien mit sich bringt, weshalb das Elterngeld bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung lediglich eine Umverteilung im Binnenverhältnis verschiedener Familien darstellt, ist auffällig, daß die Gesetzesbegründung in besonderem Maße die volkswirtschaftlichen Vorzüge einer schnelleren Rückkehr der Mütter in das Erwerbsleben hervorhebt, wodurch höhere Sozialversicherungsbeiträge eingenommen, qualifizierte Arbeitnehmerinnen für die Wirtschaft gewonnen und die Folgekosten der Elternzeit für Arbeitgeber reduziert werden sollen. Insgesamt sollte das Elterngeld in erster Linie dem Feld der Wirtschafts- und Arbeitsmarktpolitik<sup>29</sup>, daneben auch einer aktiven Gleichstellungspolitik<sup>30</sup> zugeordnet werden, in deren Dienst die Familie zweckrational und damit unter Aufgabe ihres argumentativen Selbstandes gestellt wird. Nicht zufällig weist die Gesetzesbegründung das

---

<sup>27</sup> Der Gesetzgeber geht für Zwecke seiner Kostenberechnung davon aus, daß sich die bisher rückläufige Zahl der Geburten ab 2007 stabilisieren und bis 2009 unverändert bleiben wird; Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 37. Diese Stabilisierung folgt indes vor allem daraus, daß 2007 die letzten geburtenstarken Jahrgänge (Mitte der 1960er Jahre) als potentielle Eltern ausgeschieden sein dürften, so daß eine unveränderte Kinderzahl bei nun konstant kleiner Elterngeneration letztlich eine Indifferenz des Elterngeldes hinsichtlich des Geburtenverhaltens ausdrückt.

<sup>28</sup> Neben dem Wegfall des bisherigen Erziehungsgeldes sind die Kürzung der zeitlichen Kindergeldberechtigung sowie vor allem die für Familien besonders nachteilige Erhöhung der Umsatzsteuer hervorzuheben.

<sup>29</sup> Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 39: Das Elterngeld helfe, das Angebot von Fachkräften auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern. (In dieser Zielrichtung liegt wohl der eigentliche Bezug des Elterngeldes zur demographischen Entwicklung.)

<sup>30</sup> Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 40: Das Elterngeld diene einer weiteren „Durchsetzung“ der gleichberechtigten Teilhabe an Familienaufgaben und Erwerbstätigkeit. Die grundgesetzliche Pflicht des Staates zur Neutralität gegenüber dem Familieninternum (Art. 6 GG) wird nicht erwähnt.

Elterngeld „als Teil des insgesamt 25 Mrd. Euro umfassenden Programms der Bundesregierung zur Stärkung von Innovation, Investition, Wachstum und Beschäftigung“<sup>31</sup> aus.

### *2. Benachteiligung kinderreicher Familien*

Besonderer Aufmerksamkeit und Unterstützung bedürfen insbesondere Familien mit großer Kinderzahl. Das staatliche Transfersystem sollte dabei in Rechnung stellen, daß kinderreiche Familien sowohl große finanzielle Nachteile in Kauf nehmen als auch dank ihrer vielfachen Erziehungsleistung in erhöhtem Maße zum Allgemeinwohl beitragen, deswegen in doppelter Hinsicht auch finanzielle Anerkennung verdienen. Dem ließe sich nicht entgegnen, die Zahl kinderreicher Familien sei heute zurückgegangen, das Phänomen daher vernachlässigbar, weil auch die wenigen verbliebenen Großfamilien unabhängig von der Kinderzahl anderer Gerechtigkeit verdienen.

Ungeachtet dieses familienpolitischen Kernanliegens benachteiligt die im Elterngeld angelegte Diskriminierung der Einverdienerfamilie<sup>32</sup> kinderreiche Familien faktisch in besonderem Maße, weil sie häufig nicht auf die ausschließliche Familientätigkeit eines Elternteils verzichten können und dies angesichts ihrer familienfreundlichen Einstellung womöglich auch nicht wollen. Die besondere erwerbsbezogene Rationalität des Elterngeldes schließt mithin kinderreiche Familien typischerweise gerade wegen ihrer Entscheidung für Familie von dieser Maßnahme der „Familienförderung“ aus.

### *3. Verschlechterungen für sozial schwache Familien*

Neben der Einverdienerfamilie zählen insbesondere die sozial schwächeren Familien (die teilweise zugleich Großfamilien sind) zu den Verlierern der Neuregelung. Sie werden sowohl aktuell ohne rechtfertigenden Grund gegenüber Besserverdienern benachteiligt<sup>33</sup> als auch früherer Vorteile enthoben, weil gleichzeitig das für sie günstigere Erziehungsgeld entfällt.

Letzteres, das heißt die Kürzung vormaliger Sozialleistungen, ist zwar an sich verfassungsrechtlich unangreifbar, weil sozialstaatliche Transfers jenseits der Sicherung des soziokulturellen Existenzminimums nicht grundgesetzlich zwingend gewährt werden müssen,

---

<sup>31</sup> Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 39.

<sup>32</sup> Näheres oben II.3.

<sup>33</sup> Siehe hierzu bereits oben II.2.

erweckt aber dennoch, namentlich in Verbindung mit der gleichzeitigen Anhebung der Umsatzsteuer, rechtspolitische Bedenken.

Insoweit ist auch zu berücksichtigen, daß das nun abgeschaffte Erziehungsgeld unter anderem auch einen Beitrag zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene Leben<sup>34</sup> geleistet hat, indem es gerade sozial schwächeren Schwangeren eine nicht unerhebliche Hilfe für die schwierige Phase der Familiengründung in Aussicht gestellt hat. Diese Funktion wird das Elterngeld nicht in gleichem Maße erfüllen können.

#### *4. Detailfragen zu einzelnen Regelungen*

Das Elterngeld wirft neben den erwähnten grundsätzlichen Einwänden noch eine ganze Reihe weiterer Detailfragen hinsichtlich seiner konkreten Ausgestaltung auf.

Als rechtspolitisch mißglückt abzulehnen ist zunächst die im Vergleich zur Elternzeit kürzere maximale Bezugsdauer des Elterngeldes.<sup>35</sup> Im Sinne einer aufeinander abgestimmten Familienpolitik sollte Eltern deswegen ermöglicht werden, die Inanspruchnahme des Elterngeldes bei anteiligem Leistungsbezug auf drei Jahre zu strecken.

Sodann stellen sich Fragen hinsichtlich der Definition des maßgeblichen Einkommens in Anlehnung an das SGB II und die zugehörige Rechtsverordnung<sup>36</sup>, die wegen unterschiedlicher Interessenlagen von Staat und Bürger Vollzugsprobleme nach sich ziehen könnte. Während das Recht im Rahmen der Einkommensberechnung nach dem SGB II Bürgern begegnet, die dazu neigen könnten, sich ärmer zu rechnen, könnten Eltern versucht sein, ihr Einkommen für Zwecke der Berechnung des Elterngeldes höher anzusetzen. Dieselbe Regelung kann folglich allenfalls begrenzt geeignet sein, diesen gegenläufigen Interessen gleichermaßen Rechnung zu tragen. Indes brächte auch die Einführung eines zusätzlichen neuen Einkommensbegriffs erhebliche Nachteile mit sich. Zu erwägen wäre alternativ, den Begriff der Einkünfte im Sinne einzelner Einkunftsarten des EStG zu übernehmen, das zwar ebenfalls anderen Grundgedanken folgt, dessen Anforderungen aber immerhin für die meisten Betroffenen bereits im Rahmen ihrer Einkommensteuerveranlagung geprüft worden sind.

Hinsichtlich der Geschwisterkindregelung<sup>37</sup> ist wiederum kritisch zu hinterfragen, warum die gewählte zeitliche Begrenzung kürzer als die Elternzeit angesetzt ist. Des weiteren kann die

---

<sup>34</sup> Hierzu BVerfGE 88, 203 (251 ff.) (Schwangerschaftsabbruch).

<sup>35</sup> §§ 4, 6 BEEG (Entwurf).

<sup>36</sup> § 2 Abs. 7 BEEG (Entwurf).

<sup>37</sup> § 2 Abs. 4 BEEG (Entwurf).

gewählte Differenzlösung statt einer Verlängerung des vollen Elterngeldes (auf der Grundlage der vor der Geburt des ersten Kindes maßgeblichen Verhältnisse) nicht überzeugen. Auch hier scheint wieder ein versteckter Anreiz enthalten zu sein, zwischenzeitlich ins Erwerbsleben zurückzukehren<sup>38</sup>, der ungeachtet seiner geringeren Intensität den gleichen grundsätzlichen Bedenken unterliegt.

Ergänzend bliebe noch näher zu prüfen, in welchem Verhältnis das Elterngeld zu den sozialen Sicherungssystemen steht. Insbesondere stellt sich die Frage nach der Krankenversicherung der Bezieher von Elterngeld.

### *5. Übermäßige Kompliziertheit*

Des Weiteren ist die übermäßige Kompliziertheit der gesetzlichen Regelungen zum Elterngeld zu bemängeln, das vermutlich allein durch die nötige individuelle Einkommensberechnung erhebliche Verwaltungskosten verursachen wird. Auch bleiben Gestaltungsmöglichkeiten, zum Beispiel sofern Gewerbetreibende und Selbständige durch Bilanzierungswahlrechte Erträge im der Geburt vorausgehenden Berechnungszeitraum zusammenballen können. Noch ungeklärt ist ferner wie Rechtsunsicherheiten etwa hinsichtlich der Problematik von Ehegattenarbeitsverhältnissen bei Unternehmern zu lösen sind. Sodann stehen Vollzugsdefizite infolge mangelnder Überprüfbarkeit der genauen finanziellen Verhältnisse zu befürchten. Letztlich handelt es sich bei alledem um Folgeprobleme einer übermäßigen Detailliertheit als Konsequenz des verfehlten Anspruchs, Familie „zielgenau“ beeinflussen zu wollen.

### *6. Dringlichkeit verschiedener familienbezogener Maßnahmen*

Schließlich bleibt noch zu fragen, inwiefern das Elterngeld unter den verschiedenen rechtspolitisch wünschenswerten Maßnahmen mit Bezug zur Familie Priorität genießt. Hierbei ist zu differenzieren zwischen den beiden beim Elterngeld intransparent vermengten Anliegen der Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf einerseits und der Herstellung von Familiengerechtigkeit im steuer- und sozialrechtlichen Transfersystem andererseits.

Zu den wichtigsten gesellschaftspolitischen Themenfeldern der Gegenwart zählt die Aufgabe, Vereinbarkeit und Durchlässigkeit von Familie und Beruf zu verbessern.<sup>39</sup> Dabei sollte es indes nicht in erster Linie um eine Erhöhung der statistischen Frauenerwerbsquote gehen,

---

<sup>38</sup> Vgl. die Begründung zum Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) v. 20.6.2006, BT-Drucks. 16/1889, S. 44.

<sup>39</sup> Siehe BVerfGE 88, 203 (260 f.) (Schwangerschaftsabbruch).

sondern um die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen möglichst viele Freiheitsberechtigte ihre individuellen Lebensentwürfe verwirklichen können, das heißt um die Herstellung von Chancen-, nicht Ergebnisgleichheit. Das zu diesem Zweck vorrangig einzusetzende Instrument sollte ein quantitativer und qualitativer Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen sein. Der mit dem Tagesbetreuungsausbaugesetz<sup>40</sup> eingeschlagene Weg sollte folglich – unabhängig von seinem wissenschaftlich nicht eindeutig belegbaren Einfluß auf die Geburtenzahl<sup>41</sup> – fortgesetzt werden. Dabei sollte abgesehen von der rechtspolitischen Dringlichkeit auch berücksichtigt werden, daß das Elterngeld im von ihm selbst angestrebten Erfolgsfall, das heißt bei Verringerung der durchschnittlich in Anspruch genommenen Elternzeit, eine höhere Nachfrage nach Betreuungseinrichtungen auslösen dürfte, die folglich zeitlich vorhergehend geschaffen werden sollten. Um der Gleichbehandlung willen sollten ferner alle Formen der Kinderbetreuung, das heißt staatliche Einrichtungen, private Tagesmütter und elterliche Eigenleistungen, gleichermaßen gefördert werden. Vorbild hierfür könnte neben einer finnischen Regelung vor allem das Landeselterngeld des Freistaates Thüringen sein.<sup>42</sup>

Daneben ist auch das Transfersystem familiengerechter auszugestalten. Anzustreben ist eine Wiederherstellung der Steuergerechtigkeit im Rahmen der Einkommensteuer<sup>43</sup> und unter Berücksichtigung der gestiegenen Belastung mit indirekten Abgaben, die mit einer Neuordnung der sozialstaatlichen Sicherung einkommensschwacher Familien einschließlich alleinerziehender Elternteile abgestimmt werden sollte. Verfassungsrechtlich geboten ist sodann die bislang trotz eines eindeutigen Votums des Bundesverfassungsgerichts<sup>44</sup> unterbliebene Anerkennung der elterlichen Erziehungsleistung als grundsätzlich gleichwertiger Beitrag zum „Generationenvertrag“ der Pflege- und vor allem Rentenversicherung.

---

<sup>40</sup> Gesetz vom 27.12.2004; BGBl. 2004 I, S. 3852 ff.

<sup>41</sup> Der häufig bemühten Parallele zwischen Einrichtungsdichte und Geburtenrate in Frankreich und Schweden stehen gegensätzliche Belege im Binnenvergleich der deutschen Bundesländer (neue Bundesländer versus Bayern und Baden-Württemberg) ebenso wie im Vergleich zu anderen westlichen Ländern mit höherer Geburtenrate (z.B. Großbritannien) gegenüber. Ebenso kommt die im Auftrag der Robert Bosch Stiftung durchgeführte Studie von *Volker Meier*, Auswirkungen familienpolitischer Instrumente auf die Fertilität: Internationaler Vergleich für ausgewählte Länder, 2005, S. 3, 20, 36, zu dem Ergebnis, eine signifikante Wirkung des Kinderbetreuungsangebotes auf die Fertilität habe sich bislang nicht nachweisen lassen.

<sup>42</sup> Siehe § 2 Abs. 3 Thüringer ErziehungsgeldG, Thüringer GVBl. 2005, S. 365 (369). Vgl. auch *Gregor Kirchhof*, Der besondere Schutz der Familie, AöR 129 (2004), S. 542 (577).

<sup>43</sup> Hierzu *Christian Seiler*, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten F zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. F 31 ff.

<sup>44</sup> BVerfGE 103, 242 (263 ff.) (Pflegeversicherung): Gleichheitswidrige Nichtberücksichtigung der Erziehungsleistung in der Pflegeversicherung; zusätzlich Verpflichtung, die Bedeutung des Urteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung bis zum 31.12.2004 zu prüfen (S. 270); ebenso unmittelbar zur Rentenversicherung BVerfGE 87, 1 (34 ff.) (Trümmerfrauen); zustimmend BVerfGE 88, 203 (261) (Schwangerschaftsabbruch); vgl. auch BVerfGE 94, 241 (263 f.) (Kindererziehungszeiten). Der Gesetzgeber ist diesem Auftrag bislang nicht in hinreichendem Maße nachgekommen.

Hiernach verbleibende Finanzmittel könnten und sollten schließlich für ein die verfassungsrechtlichen wie rechtspolitischen Mängel des aktuellen Gesetzesvorschlags vermeidendes Elterngeld Verwendung finden.